

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**Buscas e inspecções como veículos na investigação de práticas restritivas da
concorrência: transmissibilidade da prova**

Eva Inês Fernandes Lourenço

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-
CRIMINAIS**

LISBOA
2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**Buscas e inspeções como veículos na investigação de práticas restritivas da
concorrência: transmissibilidade da prova**

Eva Inês Fernandes Lourenço

Dissertação apresentada para obtenção do Grau de
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais no Curso
de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa
Mendes

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-
CRIMINAIS**

LISBOA
2019

A redacção da presente dissertação não está conforme o Acordo Ortográfico de 1990.
A grafia e a língua original das citações directas de outros autores, jurisprudência e legislação permanecem inalteradas.
Utilizou-se o método de citação de Harvard.

RESUMO

De acordo com Margaret Westager¹, as leis da concorrência foram pensadas para lidar com as empresas tradicionais. E quando estamos perante um triângulo formado pelos consumidor, regulador e risco de abuso de posição dominante, o que podem as leis da concorrência fazer e como vão responder?

Ora, em Portugal, à semelhança do Modelo da Concorrência Europeu, em resultado do Regulamento (CE) n.º 1/2003², os poderes de regulamentação, supervisão e sancionatórios têm vindo a ser consolidados tendo em conta a missão da Autoridade de Concorrência de defesa e promoção da concorrência.

O artigo 31.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência³ prevê expressamente um mecanismo de transmissibilidade (ou permissibilidade) de elementos obtidos a partir de (ou no âmbito de) um processo de supervisão para o âmbito de um procedimento sancionatório (já a decorrer ou a instaurar), permitindo-se que, numa diligência de mera supervisão, sejam recolhidos elementos probatórios que poderão ser, posteriormente, utilizados em processo diferente daquele que lhes deu origem, mesmo que se trate de um processo de natureza diferente.

Este mecanismo suscita, porém, diversas dúvidas. O facto de se levar a cabo uma diligência de supervisão ou sancionatória implica actuações distintas, porque são de diligências de natureza diversa, administrativa ou contra-ordenacional, respectivamente, e os condicionalismos da investigação, produção e valoração de prova, serão diferentes consoante a natureza do processo, ainda que possam ter pontos em comum.

Ora, essa comunicação de elementos pode, também, proporcionar uma utilização abusiva e desprovida de razão de mecanismos de investigação (mormente, inspecções e buscas), nomeadamente, quando seja adoptado algum desses

¹ Comissária Europeia para a Concorrência

² Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO L1, de 4.1.2003, pp. 1-25. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Regulamento_1_2003.pdf>. [consultado em 20.11.2017].

³ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, alterada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

mecanismos, sem aferir previamente da necessidade e adequação da sua utilização numa investigação por eventual adopção de práticas restritivas da concorrência.

Como deverá ser valorado um elemento que foi obtido por conta de uma acção de supervisão, mas que é utilizado em procedimento sancionatório, sabendo que no momento em que o mesmo foi obtido não estavam presentes os condicionalismos que se exigem para produção de prova em processo contra-ordenacional? E sabendo que foi a mesma Autoridade que os obteve e irá, posteriormente, utilizá-los?

A nossa posição será no sentido de discordar da aplicação do disposto no art. 31.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência.

Palavras-chave: práticas restritivas da concorrência, supervisão, sancionatório, transmissibilidade da prova.

ABSTRACT

According to Margaret Westager⁴, competition laws were designed to deal with traditional companies. And when we are faced with a consumer, regulator and the risk of abuse of a dominant position, what can competition laws and policies do and in which way will they react?

In Portugal, as in the case of the European Competition System, and as a result of the Council Regulation (EC) No 1/2003⁵, regulatory, supervisory and disciplinary powers have been consolidated regarding the Portuguese competition authority mission to be in compliance with the competition rules in Portugal.

The provision of Article 31(5) of the Portuguese competition law, expressly provides for a mechanism of exchanging the evidence obtained from a procedure for supervision into a disciplinary procedure (already in progress or to be brought in). That is, it is possible that, during a mere supervision diligence, evidence is collected to be used in a procedure different from the one which gave rise to them.

However, the said mechanism raises some doubts. The fact that supervisory or disciplinary proceedings are carried out involves different actions, because they are of a different character (one is an administrative proceeding and the other is a misdemeanours proceeding, respectively), and the constraints of the investigation, collection and assessment of evidence, will differ even though they may have common ground.

Such exchange of information may also give rise to improper and unreasonable use of investigative mechanisms (in particular, inspections and searches), namely, where any such mechanism is carried out with no effective evaluation of the necessity and appropriateness of its use during an investigation for possible adoption of an anti-competitive practice.

Therefore, which will be the standard of proof required for an evidence which was obtained during a supervision procedure and will be used in a disciplinary procedure, knowing that the constraints required for collecting evidence will be different in each

⁴ European Commissioner for Competition

⁵ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (current Articles 101 and 102 of the Treaty) OJ L1, of 4.1.2003, pp. 1-25.

of them? And, also, that the Portuguese competition authority, the entity which has obtained the evidence, will be the same entity evaluating them?

We tend to disagree with the enforcement of the provision of the said Article 31(5).

Keywords: anti-competitive practices, supervision, disciplinary proceedings, exchanging of evidence.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 15 |
| I. PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA E A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA | 17 |
| 1. ENQUADRAMENTO | 17 |
| 2. PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA | 18 |
| 2.1. <i>Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas – práticas colusivas</i> | 18 |
| 2.1.1. Acordos | 19 |
| 2.1.2. Práticas concertadas | 19 |
| 2.1.3. Decisões de associações de empresas | 20 |
| 2.2. <i>Abuso de posição dominante</i> | 20 |
| 2.3. <i>Abuso de dependência económica</i> | 21 |
| II. ANÁLISE DE ALGUNS CASOS DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL | 22 |
| 1. CASO VATEL | 23 |
| 1.1. <i>Resumo do caso</i> | 23 |
| 1.2. <i>Exposição do caso</i> | 23 |
| 2. CASO ÁREA FARMACÊUTICA | 27 |
| 2.1. <i>Resumo do caso</i> | 27 |
| 2.2. <i>Exposição do caso</i> | 27 |
| 3. CASO PAPEL DO AVE | 28 |
| 3.1. <i>Resumo do caso</i> | 28 |
| 3.2. <i>Exposição do caso</i> | 29 |
| 4. CASO MOAGEIRAS | 30 |
| 4.1. <i>Resumo do caso</i> | 30 |
| 4.2. <i>Exposição do caso</i> | 31 |
| 5. CASO CP CARGA | 34 |
| 5.1. <i>Resumo do caso</i> | 34 |
| 5.2. <i>Exposição do caso</i> | 35 |
| 6. RESENHA CASUÍSTICA – APRECIÇÃO | 37 |
| 6.1. <i>Conclusões intermédias</i> | 38 |
| III. O EXERCÍCIO DE PODERES DE SUPERVISÃO E SANCIONATÓRIO E A SUA ARTICULAÇÃO COM A ACTUAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA | 40 |

| | |
|---|-----------|
| 1. PODERES DE SUPERVISÃO E SANCIONATÓRIO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA – UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO..... | 40 |
| 2. ACTUAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA: ARTICULAÇÃO COM A COMISSÃO EUROPEIA..... | 43 |
| 2.1. <i>Poderes de investigação da Comissão (“Investigative powers”)</i> | 44 |
| 2.1.1. Pedidos de informações | 44 |
| 2.1.2. Poderes da Comissão em matéria de inspecção | 45 |
| 2.1.3. Inspeção de outras instalações | 47 |
| 3. DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO REALIZADAS PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA – INSPECÇÕES E BUSCAS | 48 |
| 3.1. <i>Inspecções efectuadas pela Autoridade da Concorrência – âmbito da supervisão</i> | 49 |
| 3.2. <i>Buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência - âmbito sancionatório</i> | 51 |
| 3.2.1. Despacho..... | 52 |
| 3.2.2. Mandado | 53 |
| 3.2.3. Buscas Domiciliárias..... | 54 |
| IV. TRANSMISSIBILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS..... | 57 |
| 1. O PROBLEMA QUE CUMPRE APRECIAR | 57 |
| 2. PRODUÇÃO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS E PROIBIÇÕES DE PROVA..... | 58 |
| 2.1. <i>As proibições de produção de prova</i> | 59 |
| 2.2. <i>Transmissibilidade dos elementos probatórios – uma abordagem ao art. 31.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência</i> | 60 |
| 2.2.1. Princípio da proporcionalidade..... | 61 |
| 2.2.1.1. Adequação | 61 |
| 2.2.1.2. Necessária..... | 61 |
| 2.2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito..... | 63 |
| 3. VALORAÇÃO PROCESSUAL DOS ELEMENTOS OBTIDOS” - AS PROIBIÇÕES DE UTILIZAÇÃO/VALORAÇÃO DE PROVA | 63 |
| CONCLUSÃO | 69 |
| BIBLIOGRAFIA | 72 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 78 |

ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------------------------|---|
| Ac., Acs. | Acórdão, Acórdãos |
| AdC | Autoridade da Concorrência |
| AJ | Autoridade Judiciária |
| Art., Arts. | Artigo, Artigos |
| BGH | <i>Bundesgerichtshof</i> (Supremo Tribunal Federal Alemão) |
| CC | <i>Code de commerce</i> |
| CEDH | Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| Comissão ou CE | Comissão Europeia |
| CRP ou Constituição | Constituição da República Portuguesa |
| DGCCRF | <i>Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i> |
| DL | Decreto-Lei |
| ECN | <i>European Competition Network</i> |
| JIC | Juiz de Instrução Criminal |
| JLD | <i>juge des libertés et de la détention</i> |
| MOP | Meio(s) de Obtenção de Prova |
| MP | Ministério Público |
| RJC ou Lei n.º 19/2012 | Regime Jurídico da Concorrência |
| OPC | Órgão de Polícia Criminal |
| Lei n.º 18/2003 | Antigo Regime Jurídico da Concorrência |
| RGCO | Regime Geral das Contra-Ordenações |
| StPO | <i>Strafprozessordnung</i> (Código de Processo Penal Alemão) |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TCE | Tratado que institui a Comunidade Europeia |
| TEDH | Tribunal Europeu dos Direitos Humanos |

| | |
|-------------|--|
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TCRS | Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| TRC | Tribunal da Relação de Coimbra |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| TRP | Tribunal da Relação do Porto |
| UE ou União | União Europeia |

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (Regime Jurídico da Concorrência), veio alterar a antiga Lei da Concorrência, Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, houve bastantes alterações, muitas delas tendo em conta as dificuldades que a Autoridade da Concorrência enfrentava no exercício da sua missão de defesa e promoção da concorrência. Decorre dessa alteração, a redacção do art. 31.º, n. 5 do RJC. É, pois, o estipulado neste preceito que consubstancia o problema que nos propomos a analisar e que é a transmissibilidade (ou permissibilidade) dos elementos obtidos em âmbito de supervisão para procedimentos de âmbito sancionatório (em curso ou a instaurar).

Para tal, num momento inicial, pretende-se dar a conhecer quais são as manobras em causa quando se fala de práticas restritivas da concorrência e demonstrar a importância da actividade desenvolvida pela AdC na defesa e promoção de uma concorrência saudável.

Num segundo momento, tencionamos dar a conhecer uma pequena amostra de arestos do TCL, ainda na vigência da Lei n.º 18/2003 e de um aresto no domínio da vigência da Lei n.º 19/2012 (agora alterada pela Lei n.º 23/2018). Os arestos relatam especialmente a forma como a AdC (que conjuga em si poderes de regulamentação, supervisão e sancionatórios) desenvolvia as diligências de investigação, demonstrando as dificuldades com que se deparava em delimitar o seu campo de acção e, consequentemente, a falta de clareza ao exercer os seus poderes, nomeadamente, a respeito de pedidos de elementos/documentação, recolha e valoração/viabilização dos mesmos.

Ao longo do capítulo III, tencionamos esboçar um projecto sobre o modelo de actuação da concorrência na União Europeia levado a cabo pela Comissão e o modelo de actuação da Autoridade da Concorrência, particularmente no que diz respeito às diligências de investigação por adopção de práticas restritivas da concorrência. Pretendemos, ainda, delimitar os âmbitos de supervisão e sancionatório através da distinção dos poderes que a AdC exerce que num quer noutro âmbito, dando especial enfoque aos meios de obtenção de prova como as buscas e inspecções.

No âmbito do capítulo IV, a nossa intenção é abordar a temática da recolha, transmissibilidade e valoração dos elementos obtidos no âmbito do exercício dos poderes da AdC. A nossa preocupação centrar-se-á na acepção do mecanismo estipulado no artigo 31.º, n.º 5 da Lei n.º 19/2012, na possibilidade de valoração em âmbito sancionatório da prova produzida no âmbito da supervisão e a sua relação com as diligências utilizadas para obter a prova.

I. PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA E A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

1. Enquadramento

A Autoridade da Concorrência é uma entidade administrativa independente que congrega poderes de regulamentação, supervisão e sancionatórios para o exercício das suas funções⁶.

Resulta dos seus Estatutos que esta autoridade tem por objectivo assegurar o normal funcionamento dos mercados, a afectação óptima dos recursos e o interesse dos consumidores, visando a promoção e defesa das regras da concorrência⁷, sem deixar de respeitar o exercício livre da iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP).

Assim, a AdC dará cumprimento tanto ao preceito constitucional estipulado pelo art. 81.º, al. f), da CRP, que determina as incumbências prioritárias do Estado no âmbito da sua organização económica⁸ quanto ao Regulamento (CE) n.º 1/2003, designadamente, impedindo o exercício de práticas restritivas da concorrência, como acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas⁹ (previstos no artigos 9.º da Lei n.º 19/2012 e no art. 101.º do TFUE); abuso de posição dominante (disposto no art. 11.º da Lei n.º 19/2012 e no art. 102.º do TFUE); e abuso de dependência económica (estipulado pelo art. 12.º da Lei n.º 19/2012), através do exercício dos poderes sancionatórios, de supervisão e regulamentação que lhe foram conferidos.

Na prossecução dos seus poderes sancionatórios, a AdC conta com dois mecanismos, o processo sancionatório especial em resposta ao desrespeito pelas regras da concorrência nacionais e da União¹⁰ (nomeadamente, às práticas restritivas da

⁶ Estatuto da AdC, arts. 1.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1 (DL n.º 125/2014, de 18 de Agosto).

⁷ Estatutos da AdC e art. 5.º, n.º 1 do RJC.

⁸ MARTINHO, 2013: 1077 e 1078; ALFAFAR, 2012: 321.

⁹ Na acepção da concorrência, empresa corresponde a qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (art. 3.º, n.º 1, do RJC). Ao longo do presente trabalho os conceitos de empresa, agente económico e operador económico corresponderão à mesma realidade.

¹⁰ SOUSA MENDES, 2009: 210 e 211.

concorrência definidas nos arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e 101.º e 102.º do TFUE); e o processo do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. O processo sancionatório especial relativo a práticas restritivas da concorrência obedece a um regime legal previsto no próprio RJC (art. 13.º, n.º 1), aplicando-se-lhe subsidiariamente o RGCO (DL n.º 433/82, de 27 de Outubro¹¹).

Importa, portanto, conhecer do que se trata quando falamos de práticas restritivas da concorrência.

2. Práticas Restritivas da Concorrência

2.1. Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas – práticas colusivas

Segundo o estipulado no art. 101.º do TFUE “são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]”, no mesmo sentido, no Regime Jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012), o art. 9.º refere que “são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional [...]”. Ora, para atingir o equilíbrio do funcionamento do mercado¹², é de esperar que os agentes económicos (empresas) adoptem condutas

¹¹ Última alteração pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

¹² Conceito de mercado relevante combina duas dimensões, o âmbito material – produto/serviço e o âmbito geográfico; o âmbito geográfico é aquele em que se faz a comercialização do produto segundo condições concorrenciais semelhantes, o âmbito material é determinado de forma geral por produtos ou serviços que satisfaçam as mesmas necessidades do consumidor, são bens substituíveis entre si (GORJÃO-HENRIQUES, 2014: 643 e 644); o conceito de actividade económica “abrange todos os tipos de actividades exercidas de forma independente do objectivo prosseguido por essas actividades. O facto de o serviço ser fornecido de forma remunerada significa apenas que deve ser pago.” (Acórdão do TJUE de 23 de abril de 1991, Höfner & Elser (C-41/90), C. J. (1991) I-1919, §21.), mais ainda, “constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente em oferecer bens ou serviços num determinado mercado” (Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2000, Pavel Pavlov (C-180/98 etc.), C. J. (2000) I 6451, § 75)

autónomas na comercialização dos seus produtos. Porém, o ambiente de competitividade que caracteriza o mercado proporciona a adopção de comportamentos, pelos agentes económicos, que têm por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência. Estas práticas consistem na coordenação das acções de vários agentes para diminuir ou eliminar o risco da concorrência nas transacções no mercado feitas com base numa conduta autónoma¹³.

2.1.1. Acordos

Neste tipo de práticas incluem-se os contratos e quaisquer outras formas em que tenha existido convergência de vontades, ainda que se trate de uma acção informal, não vinculativa ou que não esteja em vigor. Este tipo de prática é caracterizado pela conduta comum no mercado assumida por vários agentes económicos.

Os acordos dividem-se em verticais e horizontais. São verticais quando existe um conluio de vontades entre agentes económicos de diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição. São acordos horizontais (os cartéis) quando o entendimento de comportamento ocorre entre empresas que se encontram no mesmo nível da cadeia de produção ou de distribuição¹⁴.

2.1.2. Práticas concertadas

São descritas como arranjos de vontades entre os agentes económicos em que se assiste a um comportamento semelhante por parte de duas ou mais empresas, comportamento esse que é levado a cabo ao longo do mesmo período de tempo, que não seria de esperar com o funcionamento do mercado normal da concorrência¹⁵.

¹³ AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

¹⁴ Art. 9.º do RJC; AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

¹⁵ Art. 9.º do RJC; AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

2.1.3. Decisões de associações de empresas

Consistem num acto que resulta de um entendimento colectivo de vontades, é um acto que nasceu do entendimento comum de várias empresas que, por si só, constituem uma associação e, por isso, parece um acto unilateral, mas resulta do entendimento do colectivo de empresas que compõem a associação¹⁶.

2.2. Abuso de posição dominante

No art. 102.º do TFUE estabelece-se que “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste” e conforme acontece em relação ao art. 101.º, ao art. 102.º também lhe corresponde uma disposição no RJC, designadamente, através do art. 11.º do RJC, segundo o qual “é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. Importa, por isso, saber que estaremos perante um abuso de posição dominante quando uma empresa que tendo um estatuto superior no mercado, usa esse poder de forma desadequada, podendo originar a exploração empresas concorrentes ou a exclusão das mesmas do mercado, ou seja, quando o comportamento levado a cabo pela empresa em posição dominante altera o funcionamento do mercado impossibilitando o desenvolvimento da concorrência ou a manutenção do grau de concorrência existente. Considera-se abuso por exploração sempre que a empresa em posição dominante explora o poder que tem sobre o mercado prejudicando as restantes empresas com posições mais frágeis. O abuso por exclusão ocorre quando o comportamento da empresa dominante tem em vista a retirada das empresas concorrentes do mercado. No entanto, para aferir a existência desta prática é necessário aferir se no âmbito do mercado onde actua a empresa detém mesmo uma posição de domínio, ou seja, se a sua posição é de uma importância tal que poderá tomar decisões sem equacionar as reacções das empresas concorrentes e se da sua prática indevida resultou a

¹⁶ Art. 9.º do RJC; AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

exploração ou exclusão de outra empresa que não estivesse em posição de igual relevância¹⁷.

2.3. Abuso de dependência económica

O art. 12.º do RJC menciona que “é proibida, na medida em que seja susceptível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente”. Este preceito refere-se ao comportamento indevido por parte de uma empresa para com outra empresa que com ela tenha uma relação hierárquica inferior, no sentido de dependência económica, por inexistirem alternativas equivalentes, para fornecimento de bens ou prestações de serviços¹⁸.

¹⁷ AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

¹⁸ Art. 12.º do RJC; AdC: Autoridade da Concorrência. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_Dependencia_Economica/Paginas/Abuso-dependencia-economica.aspx>. [Consultado em 20.01.2019].

II. ANÁLISE DE ALGUNS CASOS DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A AdC tem a faculdade de graduar por prioridade o tratamento a conferir a cada uma das questões que chegam ao seu conhecimento¹⁹ determinando a abertura de um processo de contra-ordenação, de supervisão ou arquivamento²⁰. De entre os casos em que houve intervenção da AdC por esta ter considerado existirem fundamentos relevantes para a abertura de processos de contra-ordenação ou de supervisão, escolhemos cinco em que foram levadas a cabo diligências de recolha de prova para fins da investigação. Sabendo, porém, que a forma como as mesmas decorreram não foi aceite de forma pacífica suscitando dúvidas quanto à legitimidade do exercício das mesmas.

Optámos por 4 casos (Vatel, Área Farmacêutica, Papel do Ave e Moageiras) decididos na vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a lei anterior e escolhemos um caso (CP CARGA) que foi decidido à luz do regime que vigora actualmente, a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, alterada pela Lei n.º 23/2018.

¹⁹ No n.º 2, do art. 7.º do RJC, assiste-se à consagração de um “[...]princípio de oportunidade mitigado[...]” segundo o qual, tendo em vista uma maior eficácia no cumprimento das regras de promoção e defesa da concorrência, a AdC confere a cada caso um grau de importância. Dessa forma, o tratamento a conferir a cada situação estará dependente da prioridade que lhe seja atribuída, de acordo com os critérios estabelecidos pela AdC para definir os graus de relevância (ANASTÁCIO E SAAVEDRA, 2013: 330 e 331 e *Linhas de Orientação sobre as prioridades no exercício dos poderes sancionatórios relativas à aplicação do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio*). O princípio foi introduzido pela Lei n.º 19/2012 substituindo a disposição anterior que vinculava a actuação da AdC ao princípio da legalidade. Esta alteração concedeu à AdC autênticos poderes de discricionariedade, particularmente, em relação à investigação de práticas restritivas da concorrência (GORJÃO-HENRIQUES, 2014: 20). Ora, tendemos a seguir a opinião de Maria João Melícias e José Luís da Cruz Vilaça de que não se trata aqui de um verdadeiro princípio de oportunidade, nem foi concedido à AdC um “[...]poder discricionário ilimitado no que respeita à apreciação de denúncias e à consequente decisão de abertura de inquérito e de promoção[...] de diligências de investigação necessárias à identificação e à punição de práticas de práticas anti-concorrenciais” (LOPES PORTO, 2013: 63 e 64). Aliás, o disposto no art. 266.º, n.º 2, da CRP não permitiria a consagração de um princípio da oportunidade puro em derrogação do princípio da legalidade, relativamente ao exercício de uma entidade administrativa independente.

²⁰ Artigos 7.º e 8.º do RJC.

1. Caso Vatel²¹

1.1. Resumo do caso

A 23 de Março de 2005, o Conselho da AdC procedeu à abertura de um inquérito no âmbito de um processo contra-ordenacional tendo por base uma eventual constituição de cartel para acordo do preço de venda do sal e repartição do mercado pelas empresas (membros) do cartel.

As empresas visadas “Vatel – Companhia de Produtos Alimentares, S.A.” (doravante, Vatel), “Salexpor – Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A.” (doravante, Salexpor), “Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda. e Vitasal – Indústria e Comércio de Sal, Lda.” (doravante, SAHS) e “Salmex – Sociedade Refinadora de Sal, Lda.” (doravante, Salmex), foram investigadas pela alegada violação do estipulado no art. 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho²².

O Conselho da AdC decidiu pela condenação das empresas envolvidas. A decisão foi impugnada judicialmente, confirmada e transitou em julgado.

1.2. Exposição do caso

Em 11 de Julho de 2006, o Conselho da AdC proferiu decisão²³ de condenação das arguidas Vatel, Salexpor, SAHS) e Salmex, pela prática, em co-autoria, de uma

²¹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoaes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/DJC_24_06_TCL02Mai07.pdf>. [Consultado em 22.06.2017].

²² A Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho corresponde ao antigo regime jurídico da concorrência; no que se refere ao artigo em questão, houve uma alteração da competência do tribunal para o qual cabe agora o recurso das decisões proferidas pela AdC; à luz do regime anterior o recurso cabia ao TCL. Actualmente, cabe ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

²³ Tendo em conta as competências previstas nos Estatutos da AdC, nomeadamente, pelos artigos 6.º, n.º 1, alínea a) e 7.º, n.º 2, alínea a) do DL n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, aos quais correspondem, actualmente, os artigos 5.º, alínea a) e 6.º, n.º 2, alínea a) do DL n.º 125/2014, de 18 de Agosto; considerando, também, o estipulado na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho revogada pela Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio (o RJC) e no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO L1, de 4.1.2003, pp. 1-25. Decisão do Conselho da AdC, de 11.07.2006, processo de contra-ordenação n.º 2005/25 (Decisão PRC 2005/25). Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoaes_da_AdC/Documents/Decisao_PRC200525.pdf>. [Consultado em 23.06.2017].

contra-ordenação p. e p. pelos arts. 4.º, n.º 1 e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (arts. 9.º, n.º 1 e 69.º, n.º 1 do RJC) e pelo art. 81.º, n.º 1 do TCE (actual art. 101.º, n.º 1 do TFUE).

A Vatel, a Salexpor e a SAHS interpuseram recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC²⁵ para o TCL. Os recursos aproveitaram à Salmex, apesar desta, por si só, não ter recorrido²⁶.

Na sequência das diligências de investigação (buscas e apreensões), levadas a cabo nas instalações da arguida Vatel, a mesma alegou que “[...] a autorização das buscas e os respectivos mandados deveriam ter sido emitidos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa [...]” ou pelo JIC, uma vez que, do seu ponto de vista, a sede das pessoas colectivas equipara-se ao seu domicílio e, conseqüentemente, estariam em causa buscas domiciliárias que, por terem essa natureza e por ter havido ausência da formalidade que se requeria para a sua realização (dado que tinham sido ordenadas por um magistrado do MP), estariam feridas de inexistência jurídica ou de nulidade insanável. A arguida invocou, também, a existência de vários vícios do despacho²⁷, nomeadamente, a não entrega de uma cópia do mesmo no momento da realização das diligências e a conseqüente nulidade das medidas ordenadas no despacho e das provas que daí advieram porque teriam extravasado os limites previstos nos artigos 17.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 18/2003 (correspondendo ao art. 18.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 19/2012), 32.º, n.º 8 e 34.º, n.ºs 1 a 4 da CRP, 126, n.º 3 do CPP e 42.º do RGCO, violando-os pelo facto das diligências terem incidido sobre correspondência e documentos que não pertenciam sequer à arguida. A Vatel alegou, ainda, que a situação configurava inexistência jurídica ou nulidade insanável e, conseqüentemente, a nulidade das provas recolhidas pois, estava em causa a apreensão de correspondência, pelo que a competência para ordenar e autorizar a realização das diligências pertencia a um juiz, conforme os preceitos 179.º, 268.º, n.º 1, alínea d) e 269.º, n.º 1, alínea b) do CPP. Finalmente, a Vatel alegou não ter sido

²⁵Decisão PRC 2005/25 e Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 10 e 11.

²⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 110.

²⁷ Razão pela qual o TCL considerou que a Vatel estaria a suscitar a nulidade do próprio despacho (Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 24 e 25).

informada sobre os “[...] direitos que lhe assistiam [...]” no momento da realização das buscas, o que constituía uma violação do seu direito de defesa e geraria nulidade das provas obtidas no decorrer dessas diligências²⁸.

Em relação à natureza das buscas e à competência do MP para as ordenar, o entendimento do TCL foi semelhante ao da AdC²⁹. Seguindo a jurisprudência e doutrina nacionais³⁰, o TCL referiu que as buscas às sedes das pessoas colectivas não são equiparáveis a buscas domiciliárias e, dessa forma, não dependiam de autorização do JIC, mas apenas do MP³¹. O TCL entendeu não ter havido incumprimento dos requisitos formais para a realização das buscas, inexistindo qualquer vício relativamente às mesmas³².

Relativamente à validade do despacho e mandados emitidos na sequência do mesmo, considerou o TCL que a existir algum vício o mesmo se traduziria numa “[...] mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera sanada [...]”³³.

Quanto ao facto de uma possível extrapolação do objecto das buscas, o TCL deu razão à arguida no sentido de que se os documentos apreendidos se enquadrassem na noção de correspondência, então, esses documentos não poderiam ser valorados como meio de prova. No entanto, o TCL concluiu que os elementos recolhidos não se enquadrariam no âmbito de “[...] correspondência para efeitos de protecção constitucional [...]”, considerando-os como “[...] simples documentos [...]” e, nessa medida, “[...] a sua apreensão é lícita no domínio do processo contra-ordenacional e

²⁸ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 2.

²⁹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 16.

³⁰ Ver III capítulo a propósito das buscas domiciliárias.

³¹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 18 a 20 e 23.

³² Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 23 e 24, o TCL referiu que “apesar de não se encontrar tipificada legalmente, a figura da inexistência jurídica é aceite unanimemente. Trata-se do vício mais grave que pode inquinar um acto e delimita-se em função das nulidades, ou seja, os vícios que geram a inexistência não hão-de estar previstos como nulidade e, simultaneamente, hão-de ser mais graves, não podendo, dessa forma, ser incluídos na categoria das irregularidades”; ver também MARQUES DA SILVA, 2011: 106-107.

³³ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 27.

para a sua realização não era necessário despacho do juiz [...]”. Assim, os documentos apreendidos seriam susceptíveis de ser usados como meio de prova³⁴.

O TCL considerou não ter havido violação dos direitos e garantias processuais da arguida Vatel³⁵, uma vez que a AdC cumpriu as exigências presentes no art. 176.º do CPP aquando a realização das diligências.

Relativamente à não entrega de cópia do despacho que determinou as buscas, apesar da AdC ter defendido o efectivo cumprimento do estipulado no art. 176.º, n.º 1 do CPP, o TCL não teve o mesmo entendimento, tendo considerado que a AdC não cumpriu com a entrega de cópia do despacho que ordenou as buscas às arguidas. O TCL entendeu que o documento entregue terá sido o duplicado do mandado de busca e apreensão. E, dessa forma, houve incumprimento da formalidade preceituada nos arts. 176.º, n.º 1 do CPP e 17.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003 [18.º, n.º 4, al. b) do RJC]. De todo o modo, o TCL entendeu que o vício em questão se enquadrava “[...] na categoria das irregularidades e não das nulidades [...]” (como tinha argumentado a arguida) e, uma vez que a arguida não arguiu a irregularidade no prazo legal estipulado, a irregularidade considerou-se sanada, improcedendo a “tese” da arguida de que as provas ali obtidas estariam feridas de nulidade³⁶.

A 2 de Maio de 2007, o TCL julgou parcialmente procedentes os recursos, condenando “[...] as quatro arguidas pela prática, em co-autoria material, de uma contra-ordenação p. p. pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho [...]”³⁷.

As arguidas Salexpor e SAHS interpuseram recurso da sentença do TCL, tendo o mesmo sido admitido. O MP e a AdC defenderam a improcedência do recurso e o TRL negou provimento aos recursos, em 7 de Novembro de 2007,³⁸.

³⁴ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 33.

³⁵ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 40.

³⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 42 e 43.

³⁷ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 110.

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.11.2007, 3ª Secção, Processo n.º 7251/07: 10, 25 e 42.

2. Caso Área Farmacêutica³⁹

2.1. Resumo do caso

No decorrer de uma diligência de busca e apreensão desenvolvida pela AdC, a 20 de Dezembro de 2005, nas instalações da empresa “Área Farmacêutica, Lda”, recorreu para o TCL, antes da decisão final da AdC sobre aquela investigação. Na impugnação invocou a nulidade do mandado de busca e pediu a restituição dos documentos apreendidos.

O TCL julgou o recurso improcedente.

2.2. Exposição do caso

A arguida “Área Farmacêutica, Lda” interpôs recurso de impugnação judicial de um despacho anterior à decisão final da AdC (nos termos do art. 55.º do RGCO *ex vi* art. 50.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, actual art. 84.º, n.º 3 do RJC)⁴⁰.

A 20 de Dezembro de 2005 foi realizada uma operação de busca e apreensão, pela AdC, sustentada num mandado de busca emitido pelo MP, tendo resultado da mesma a apreensão de documentos diversos⁴¹.

A recorrente invoca a nulidade do mandado de busca e das credenciais dos funcionários da AdC que levaram a cabo a diligência, referindo que tanto o mandado quanto as credenciais deveriam ter sido emitidos pelo JIC, uma vez que de entre os documentos apreendidos constava correspondência electrónica⁴².

A arguida alegou, ainda, que alguns dos documentos apreendidos não caberiam no âmbito delineado no mandado de busca, extravasando o escopo da busca⁴³, tendo

³⁹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB.

⁴⁰ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 2.

⁴¹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 8.

⁴² Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 1.

⁴³ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 1, 3, 8 e 18.

pedido a restituição dos documentos que considerava não estarem directa ou indirectamente cobertos pelo objecto da diligência.

No tocante à apreensão de correspondência, após a análise dos documentos, o TCL considerou que estava em causa a apreensão de correspondência já aberta. Consequentemente, essa correspondência classificar-se-ia como um documento simples, insusceptível da protecção constitucional que merece a correspondência fechada. Dessa forma, a documentação apreendida no âmbito deste processo contra-ordenacional era lícita, bastando-se com o despacho do MP, tal como se verificou.

No que concerne à delimitação do objecto das buscas, após a análise do despacho e do mandado que levaram à apreensão dos documentos mencionados, o TCL considerou que os mesmos caberiam no escopo da busca. Assim sendo, entendeu que as operações realizadas eram lícitas e os documentos apreendidos poderiam “[...] todos ser usados como meios de prova, podendo e devendo permanecer nos autos respectivos, nada havendo a restituir [...]”⁴⁴.

A 14 de Maio de 2007, o TCL julgou totalmente improcedente o recurso da arguida⁴⁵.

3. Caso Papel do Ave⁴⁶

3.1. Resumo do caso

Após a realização de diligências de busca (16 de Janeiro de 2007) pela AdC, a arguida Fábrica de Papel do Ave, S.A., requereu à AdC a invalidade do mandado de autorização das diligências.

A AdC indeferiu o requerimento e a arguida recorreu da decisão da AdC para o TCL. O TCL julgou improcedente.

⁴⁴ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 18.

⁴⁵ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 19.

⁴⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB.

3.2. Exposição do caso

A 10 de Janeiro de 2007, na sequência de um despacho do MP, foi emitido um mandado autorizando a realização de buscas pela AdC nas instalações da “Fábrica de Papel do Ave, S.A.”. As diligências de busca e apreensão decorreram no dia 16 de Janeiro de 2007. A 26 de Janeiro de 2007 a arguida suscitou, perante a AdC, a invalidade do mandado utilizado na diligência, invocando que as diligências realizadas tinham tido por base um mandado emitido pelo MP, quando deveriam ter sido sustentadas numa autorização de um magistrado judicial, conforme o estipulado nos preceitos 32.º, n.º 8 e 34.º, ns.º 1 a 4 da CRP, pelo facto de as buscas constituírem uma restrição ao direito à inviolabilidade do domicílio e pela ausência de uma norma legal que habilitasse o MP a emitir mandados no domínio do processo contra-ordenacional⁴⁷.

A arguida mencionou, também, que no decorrer das buscas ter-se-á verificado apreensão de correspondência e ingerência nas telecomunicações, o que configuraria violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 2 da CRP e no art. 42.º do RGCO. Continuou, alegando violação da delimitação temporal determinada pelo mandado e a apreensão de documentos inexistentes antes do desenrolar das buscas, uma vez que os mesmos tinham sido criados a pedido da AdC, aquando das diligências⁴⁸.

A 28 de Março de 2007, a AdC julgou improcedente a invalidade (dos mandados de busca e apreensão) suscitada. Posto isto, a 18 de Abril de 2007, a arguida interpôs recurso da decisão que indeferiu o seu requerimento de arguição de nulidades⁴⁹.

Seguindo o entendimento do caso Vatel, o TCL entendeu que a competência para a emissão dos mandados era mesmo do MP, por considerar que as buscas efectuadas à sede das pessoas colectivas não equivalem a buscas domiciliárias⁵⁰.

⁴⁷ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 1.

⁴⁸ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 1.

⁴⁹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 1, 2 e 3.

Relativamente à apreensão de elementos que a arguida invocou como se tratando de correspondência e ingerência nas telecomunicações, o TCL considerou, uma vez mais, que estava em causa a apreensão de correspondência aberta. Pelo que, os elementos apreendidos seriam enquadrados no âmbito de documentos simples, não se encaixando no âmbito da protecção constitucional da correspondência (fechada) e, consequentemente, não era exigida autorização do juiz para a apreensão. Sendo assim, a apreensão desses documentos era lícita no domínio contra-ordenacional e os elementos aí recolhidos seriam susceptíveis de ser utilizados como meios de prova⁵¹. O TCL concluiu não ter havido qualquer vício respeitante às diligências de busca, pois tinham sido cumpridos todos os requisitos formais previstos na lei⁵².

Quanto ao argumento levantado pela arguida a respeito de documentos inexistentes à data das buscas, o TCL discordou da arguida e entendeu que se tratava de informações orais, prestadas voluntariamente, reduzidas a escrito, às quais não se iria atribuir o mesmo valor probatório que seria de atribuir aos documentos apreendidos nas buscas⁵³.

A 19 de Setembro de 2007, o TCL julgou totalmente improcedente o recurso⁵⁴.

4. Caso Moageiras⁵⁵

4.1. Resumo do caso

Em 8 de Janeiro de 2004, de forma oficiosa, a AdC procedeu à abertura de um inquérito consubstanciando-se numa eventual prática coordenada tendo para fixação do preço da farinha e, consequentemente, restringir de forma sensível a concorrência no mercado nacional da moagem de cereais.

⁵⁰ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 12 e 15.

⁵¹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 23 e 24.

⁵² Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 15.

⁵³ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 6.

⁵⁴ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB: 24.

⁵⁵ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB.

As empresas “Abranches & Filhos, Lda.”, “Carneiro, Campos & Companhia, Lda.”, “Catelas & Teorgas, Lda.”, “Cerealis – Moagens, S.A.”, “Cerealis – Produtos Alimentares, S.A.”, “Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda.”, “Eduardo e Artur Grilo Pereira, Lda.”, “Farlis – Fábrica de Farinhas do Lis, Lda.”, “Germen – Moagem de Cereais, S.A.” (doravante, Germen), “Granel – Moagem de Cereais, S.A.” (doravante, Granel), “Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, S.A.” (doravante, Ceres) e “Pitorro – Moagem de Cereais, S.A.” foram investigadas pela alegada violação do estipulado no art. 4.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Em 2005, AdC arquivou o processo relativamente à empresa Deolinda Gonçalves da Silva & Filhos, Lda. e proferiu decisão de condenação no que concerne às restantes envolvidas.

A decisão foi impugnada judicialmente e o TCL anulou decisão da AdC em virtude de irregularidades processuais.

Em 2009, a AdC profere nova decisão condenatória. No entanto, houve prescrição do processo.

4.2. Exposição do caso

As arguidas “Germen – Moagem de Cereais, S.A.” (doravante, Germen), “Granel – Moagem de Cereais, S.A.” (doravante, Granel) e “Moagem Ceres – A. Figueiredo & Irmão, S.A.” (doravante, Ceres) interpuseram recurso da decisão da AdC, de 7 de Dezembro de 2005, que lhes aplicou uma coima por não terem prestado à AdC a informação e os elementos por esta solicitados [prática de contra-ordenação, p. e p., pelo art. 43.º, n.º 3, alínea b) da Lei n.º 18/2003, correspondendo-lhe o actual art. 68.º, n.º 1, al. i) do RJC], por meio de ofícios de 5 a 19 de Julho, no caso da Germen e da Ceres, e por meio de ofícios de 5 a 20 de Julho, no caso da Granel⁵⁶.

As três arguidas foram condenadas em processos de contra-ordenação diversos. A Germen foi no âmbito do processo de contra-ordenação n.º 03/05, a Granel foi no

⁵⁶ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 1, 8 e 9.

contexto do processo de contra-ordenação n.º 04/05 e a Ceres foi no domínio do processo de contra-ordenação n.º 02/05⁵⁷.

A 13 de Janeiro de 2004, a AdC enviou ofícios às arguidas (tendo enviado, também, às empresas “Grupo Cerealis”, “Abranches & Filho, Lda” e “Carneiro Campos, Cª, Lda”) solicitando informações sobre “[...] os preços diários de importação e de venda à indústria de panificação registados no mês anterior [...]”, no âmbito de um estudo sobre a indústria da panificação. As arguidas Granel e Ceres responderam à solicitação em 3 de Fevereiro de 2004 e em 4 de Fevereiro de 2004, respectivamente.

A 13 de Fevereiro de 2004, a AdC enviou novo pedido de elementos às arguidas Germen, Granel e Ceres, tendo as mesmas respondido ao pedido⁵⁸.

Considerando os elementos de investigação de que era detentora, “[...] a AdC decidiu proceder à abertura de um inquérito por alegada violação do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho [...]” (art. 9.º do RJC). Findo o inquérito, conforme os termos do art. 26.º e segs. da Lei n.º 18/2003 (art. 25.º e segs. do RJC), a AdC decidiu dar início à instrução no processo PRC 06/04 (em 31 de Agosto de 2004).

Nessa mesma data, as empresas foram notificadas de nota de ilicitude que as acusava formalmente “[...] de uma prática ilícita relacionada com uma comunicação de aumento de preços ocorrida em Novembro de 2003 [...]”. As arguidas exerceram o direito de audição por escrito no cumprimento do estipulado no art. 26.º, n.º 1 da Lei 18/2003 (arts. 25.º, n.º 1 do RJC) e 50.º do Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro).

A 31 de Dezembro de 2004, as arguidas foram notificadas de uma nota de ilicitude complementar que invocava factos novos e a alteração da apreciação jurídica em torno dos mesmos, acusando, agora, as arguidas de terem fixado o preço da farinha, de forma concertada, através de uma prática contínua entre os meses de Dezembro de 2000 e 2004.

As arguidas exerceram novamente o direito de audição por escrito.

⁵⁷ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 1, 8 e 9.

⁵⁸ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 11 e 12.

A 5 de Julho de 2005 (correndo ainda os termos do processo de contra-ordenação PRC 06/04),⁵⁹ a AdC enviou novos ofícios a todas as arguidas solicitando, uma vez mais, elementos necessários ao estudo sobre a indústria de panificação. A Abranches & Filho, Lda e a Carneiro Campos, C^a, Lda responderam à AdC em 15 de Julho de 2005 e em 14 de Julho de 2005, respectivamente.

Mediante o novo ofício, o Grupo Cerealis dirigiu um requerimento à AdC (recebido em 15 de Julho de 2005) mencionando que o objecto do pedido de elementos formulado em 5 de Julho de 2005 coincidia parcialmente com o objecto da acusação de que eram alvo as arguidas no âmbito do processo PRC 06/04 e pedindo à AdC que esclarecesse qual a relação existente entre o estudo sobre a indústria da panificação e o processo PRC 06/04⁶⁰.

As arguidas Germen, Granel e Ceres responderam de forma similar, tendo mencionado que o pedido em causa envolvia informação relacionada com o objecto do processo PRC 06/04 e que o prazo de resposta estipulado pela AdC era muito inferior ao legalmente estabelecido, o que seria manifestamente insuficiente para as empresas reunirem os elementos em causa⁶¹. Perante isto, a AdC concedeu prorrogação do prazo de resposta informando as arguidas através de ofícios de 19 de Julho de 2005 e de 20 de Julho de 2005. Não se tendo, porém, pronunciado relativamente à questão da potencial coincidência temática entre os elementos pedidos a 5 de Julho de 2005 e a matéria em discussão no processo de contra-ordenação em curso, principalmente no que concerne à utilização ou aproveitamento como meio de prova desses mesmos elementos⁶².

De Janeiro de 2004 até 15 de Julho de 2005, as arguidas enviavam, mensalmente, a informação requerida pela AdC⁶³.

⁵⁹ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 13, 14 e 17.

⁶⁰ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 13 e 14.

⁶¹ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 17.

⁶² Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 18 e 19.

⁶³ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 16.

Ora, tendo em conta a iminente coincidência entre o âmbito dos elementos solicitados e os factos constitutivos do ilícito de que se encontravam acusadas e cientes dos direitos e garantias que lhes assistiam por causa da sua posição processual de arguidas⁶⁴, as empresas consideraram que não recaía sobre elas o dever de fornecer à AdC os elementos pedidos. Assim, as arguidas consideravam que se a recusa em fornecer os elementos à AdC configurava o exercício legítimo de um direito reconhecido por lei, então, as suas condutas não deveriam constituir contra-ordenação, nem reputar-se como ilícitas⁶⁵.

O TCL considerou existir coincidência material e temporal, de forma geral, entre os dois procedimentos⁶⁶.

O TCL julgou integralmente procedentes os recursos interpostos pelas arguidas, absolvendo as mesmas⁶⁷.

5. Caso CP CARGA⁶⁸

5.1. Resumo do caso

A 29 de Junho de 2012 foi denunciado, à AdC, um eventual abuso de posição dominante através da “[...] prática de preços predatórios no transporte de mercadorias por ferrovia em contentores[...]”.

A empresa visada “CP CARGA – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A.” (doravante, CP CARGA) teria oferecido “[...] preços abaixo dos custos variáveis médios e muito abaixo dos custos médios totais”, suscitando a abertura de inquérito, em 24 de Abril de 2013, para investigação de uma eventual violação dos arts. 11º do RJC e 102º do TFUE.

⁶⁴ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 19.

⁶⁵ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 20.

⁶⁶ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 50.

⁶⁷ Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 91.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1.

Não tendo considerado a existência da prática de abuso dominante, a AdC proferiu decisão de arquivamento.

5.2. Exposição do caso

A arguida, a CP CARGA, foi condenada⁶⁹ pela AdC pela “[...] alegada prática de uma contra-ordenação por alegada prestação de informações incompletas⁷⁰ a uma solicitação da AdC [...]”, no âmbito de um processo “[...] para averiguação da alegada prática pela arguida de preços predatórios na actividade de transporte ferroviário de mercadorias [...]”. A CP CARGA interpôs recurso dessa decisão condenatória para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e este julgou⁷¹ totalmente procedente o recurso, absolvendo a CP CARGA da alegada prestação de informações incompletas à AdC⁷².

Em 17 de Junho de 2013, a AdC solicitou à arguida esclarecimentos sobre vários domínios [ao abrigo do disposto nos arts. 15.º, 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012], requerendo “[...] elementos referentes à prestação de serviços de transporte ferroviário de mercadorias no território nacional, nos anos de 2009 a 2013”⁷³. No dia 3 de Setembro de 2013, a CP CARGA respondeu à AdC a através de comunicação. Porém, relativamente a um ponto concreto em que a AdC solicitava “[...] que a informação relativa aos custos deveria ser apresentada ‘separadamente por percurso’[...]”, a CP CARGA afirmou não ter compreendido qual o teor exacto da informação pretendida pela AdC. Ora, a CP CARGA entendia que o sistema informático que possuía não permitia calcular “[...] os custos por troço tal como solicitado [...]” e, conseqüentemente, não podia fornecer informação com aquele tipo

⁶⁹ Decisão do Conselho da AdC, de 03.12.2014, processo de contra-ordenação n.º 2013/3 (Decisão PRC 2013/3). Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Deciso es_da_AdC/Documents/PRC.2013.3%20-%20VNC_Decisao.pdf> . [Consultado em 20.11.2017].

⁷⁰ Arts. 68.º, n.º 1, alínea h) e 69.º, n.º 3 da Lei n.º 19/2012.

⁷¹ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15.12.2015, 1º Juízo, Processo n.º 276/15.YUSTR.L1.

⁷² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.YUSTR.L1: 1.

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.YUSTR.L1: 35.

de detalhe uma vez que ela própria não a possuía⁷⁴. Ainda assim, a AdC não terá providenciado à arguida o esclarecimento sobre o pedido.

Em Janeiro de 2014, a AdC pediu informações adicionais à arguida, não se tendo pronunciado, mais uma vez, relativamente à resposta que a arguida lhe dirigira aquando da comunicação do dia 3 de Setembro de 2013.

No dia 6 de Março de 2014, inspectores da AdC deslocaram-se à sede da CP CARGA tendo desenvolvido diligências de investigação [arts. 18.º, n.º 4 e n.º 1, als. a) e b) do RJC] tendo elucidado, apenas nesse momento, tanto os funcionários quanto os representantes legais da CP CARGA sobre qual seria a informação específica pretendida na solicitação de Junho de 2013⁷⁵. Depois de esclarecida, a arguida forneceu todas as informações solicitadas pela AdC, permitindo o acesso a todo o sistema informático no decurso das diligências⁷⁶.

A 26 de Março de 2014, a AdC fez novo pedido de elementos ao que a arguida respondeu a 28 de Abril de 2014⁷⁷.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão considerou não ter existido violação do dever de colaboração da recorrente, absolvendo-a. Tendo referido que a insatisfação do pedido da AdC com a resposta da CP Carga se atribuíra ao facto da AdC ter efectuado um pedido genérico, “[...] impreciso, fazendo recair sobre a CP Carga, suspeita num processo de contra-ordenação, o ónus de identificar todos os possíveis sentidos relevantes [...]”, pondo-se numa posição em que, provavelmente, não veria respondida a sua questão de forma concreta e que tal serviria “[...] apenas de princípio para efectuar diligências complementares [...]” possibilitando à AdC um acesso mais eficaz à informação por ela desejada⁷⁸.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 35 e 36.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 36.

⁷⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 36 e 39.

⁷⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 38.

⁷⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 44 e 45.

O MP e a AdC não concordando com a decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão recorreram dessa decisão para o TRL⁷⁹.

O TRL julgou improcedentes os recursos do MP e da AdC confirmando a decisão recorrida⁸⁰.

6. Resenha Casuística – Apreciação

Pelo exposto, constatámos que, nos cinco casos, os recursos versaram sobre a forma como foi justificado/fundamentado o procedimento das diligências de investigação pela AdC. Além das buscas, foram efectuados pedidos de informação. Tanto a Vatel, quanto a Área Farmacêutica e quanto a Papel do Ave alegaram vícios do despacho e do mandado. Ora porque não se procedeu à entrega de cópia do despacho à arguida no início das diligências, ora porque as arguidas consideravam estar em causa buscas domiciliárias⁸¹ e, dessa forma, a autoridade que as tinha autorizado não cumpria, alegadamente, os requisitos impostos pelo art. 177.º do CPP.

Tanto no caso das Moageiras, quanto no caso CP CARGA, houve diversos pedidos de informação da AdC. No caso das Moageiras, o TCL absolveu as arguidas, não por considerar que havia incompatibilidade entre o objecto do processo de contra-ordenação, já a correr, e os pedidos de informação posteriores, mas por falta de fundamentação do acto de pedir elementos da parte da AdC. Disse o TCL que “fundamentar é enunciar explicitamente as razões ou motivos (justificar e motivar) que conduziram o órgão administrativo à prática de determinado acto, a exteriorização dos motivos do acto, de molde a permitir a um destinatário normal perceber, perante o itinerário cognoscitivo e valorativo constante do acto, porque se decidiu em determinado sentido. Estará fundamentado o acto que ofereça ao administrado um mínimo de concretização que lhe permita contra ele reagir da forma que considere apropriada [...]” e prossegue dizendo que “Nenhuma questão se levanta

⁷⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 1.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1: 49.

⁸¹ Ver capítulo III relativo às buscas domiciliárias e ao despacho de autorização.

quanto à fundamentação de direito do acto. Já não assim quanto às razões de facto que fundaram esta concreta decisão”⁸².

No caso CP CARGA, uma vez mais, pelo que transparece tanto da Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quanto do Acórdão do TRL, a AdC, ao elaborar o pedido de informações, não o fez de forma clara, ou, pelo menos, tão clara como se lhe exigia. Consequentemente, o TCRS absolveu a CP CARGA quanto à eventual violação do dever de colaboração.

6.1. Conclusões intermédias

Neste ponto, cumpre-nos alertar para três conclusões preliminares: a primeira é a de que em ambas as situações em que os tribunais deram razão às arguidas, estava em causa um recurso por eventual violação do dever de colaboração que se impõe às empresas; a segunda é que, de facto, foi realizado um controlo externo à actividade da AdC; por último, é que, ainda que seja uma entidade independente, denotou-se uma certa imprecisão na actividade da AdC no que concerne à utilização dos meios de investigação.

⁸² Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 83 e 84.

III. O EXERCÍCIO DE PODERES DE SUPERVISÃO E SANCIONATÓRIO E A SUA ARTICULAÇÃO COM A ACTUAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

O regime jurídico da concorrência em Portugal demonstra grande afinidade com o regime jurídico da União Europeia relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 101.º e 102.º, do TFUE. Aliás, a Lei n.º 19/2012 foi redigida à semelhança do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁸³, o qual estipula que “para assegurar a aplicação eficaz das regras comunitárias de concorrência, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão ter maior participação nessa aplicação. Para o efeito, deverá ser-lhe atribuída competência para aplicar o direito comunitário” (conforme o considerando n.º 6). Competindo à AdC a identificação e investigação dos comportamentos susceptíveis de infringir as normas da concorrência, nacionais e da União Europeia e, sendo caso disso, aplicar uma sanção⁸⁴. É, por isso, de esperar que se verifique uma articulação constante entre a AdC (e as autoridades nacionais da concorrência dos restantes Estados-Membros) e a Comissão, em matéria de poderes de investigação e decisão.

1. Poderes de Supervisão e Sancionatório da Autoridade da Concorrência – Uma tentativa de delimitação⁸⁵

Conforme já mencionámos neste trabalho, a Autoridade da Concorrência é uma autoridade independente que dispõe de três tipos de poderes de actuação: poderes de regulamentação, poderes de supervisão e poderes sancionatórios.

Relativamente aos poderes de regulamentação, a AdC tem a faculdade de, em sintonia com os seus Estatutos e com o regime jurídico da concorrência, elaborar e aprovar regulamentos e instruções; emitir recomendações e directivas genéricas; dar parecer sobre iniciativas legislativas que visem a promoção e defesa da concorrência

⁸³ “[...] o regime jurídico da concorrência atribuiu à Autoridade da Concorrência (AdC) poderes semelhantes aos da Comissão Europeia no que toca à possibilidade de exigir a prestação de informações completas e verdadeiras necessárias à investigação de práticas restritivas da concorrência” (MARTINHO, 2013: 1066 e 1067).

⁸⁴ Estatuto da AdC art. 6º, nº 2.

⁸⁵ “O processo administrativo de supervisão é distinto do processo sancionatório, mas encontram-se intimamente ligados”(COSTA RAMOS, 2010: 179).

e, ainda, aconselhar ou sugerir iniciativas relacionadas com a legislação regulatória, mantendo uma articulação estreita com as empresas visadas pela sua actividade⁸⁶. Apesar da grande relevância destes poderes, os mesmos não farão parte do objecto do nosso estudo.

No âmbito dos poderes de supervisão, o exercício da actividade da AdC é de natureza administrativa e preventiva. Desse modo, a AdC tem em vista a prevenção de eventuais violações por parte das empresas supervisionadas às regras da concorrência. A supervisão é, por isso, um exercício contínuo de monitorização da actividade das empresas no sentido da adequação das mesmas às regras da concorrência. É um processo durante o qual a AdC tem competência para diligenciar a realização de estudos, inspecções e auditorias, impondo-se a colaboração das empresas visadas durante todo o procedimento⁸⁷.

Quanto ao exercício dos seus poderes sancionatórios, verificando-se a existência de indícios fortes de infracções às regras de concorrência, impenderá sobre a AdC a promoção de diligências para detectar e investigar sobre se determinados comportamentos são contrários à promoção da concorrência, determinando a abertura de instrução e deliberando a final sobre os mesmos⁸⁸. Cabe à AdC decidir sobre a necessidade dos meios de prova a obter, designadamente, através do pedido de elementos informativos, da realização de buscas e apreensões, e da inquirição de indivíduos relacionados com as empresas visadas. Sendo certo que, independentemente das vestes da AdC (sancionatórias), as empresas visadas deverão cumprir com o dever de colaboração⁸⁹, pois o contrário será susceptível de constituir contra-ordenação de acordo com o previsto no art. 68.º, n.º 1, alíneas h) e i) do RJC. A AdC exercerá os seus poderes sancionatórios se se verificarem razões sustentadas que originem a abertura de um processo de contra-ordenação⁹⁰.

Ao desempenhar as suas funções, a AdC pode proceder à abertura de processos de contra-ordenação ou de supervisão, tendo em conta a gravidade e natureza dos

⁸⁶ Art. 6.º, n.º 4 dos Estatutos da AdC; PAZ FERREIRA e MORAIS, 2009: 31 e 32; SOUSA MENDES, 2010: 122.

⁸⁷ Art. 6.º, n.º 3 dos Estatutos da AdC; SOUSA MENDES, 2010: 122; FERREIRA, 2013: 208 e 209.

⁸⁸ Art. 6.º, n.º 2 da AdC; FERREIRA, 2013: 208 e 209.

⁸⁹ Art. 8.º dos Estatutos da AdC, arts.º 63.º, n.º 2 e 64.º, n.º 4 do RJC.

⁹⁰ Art. 7.º, n.º 2 do RJC.

elementos de que dispõe (arts. 7.º e 8.º do RJC). Quererá isto dizer que, apesar da coexistência, numa mesma entidade, de poderes de supervisão e sancionatórios, a actuação de cada um desses poderes é distinta e não ocorre no mesmo momento. As diligências de investigação (por exemplo, as buscas e as inspecções) levadas a cabo num e noutro momento não poderão ocorrer da mesma forma e a extensão de direitos e deveres em causa altera-se consoante se esteja no âmbito da supervisão ou no âmbito de contra-ordenação.

As opiniões sobre a relação de interdependência entre a actividade da AdC em âmbito da supervisão e no domínio do sancionatório dividem-se e, consequentemente, a questão da valoração da prova recolhida pela AdC nas vestes de um e outro poderes será equacionada de forma diferente consoante a opção seguida. De um lado há opiniões defensoras de um modelo de “separação de poderes de supervisão e sancionatórios”⁹¹ e, de outro lado, há quem defenda a integração dos poderes sancionatórios no âmbito da supervisão⁹².

Desde logo, constrange-nos a coexistência de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios numa mesma entidade reguladora e independente, no caso, a AdC. Contudo, parece que a chave para ao menos suportar essa confluência, sob o ponto de vista daqueles que consideram que os poderes sancionatórios se integram nos de supervisão, está na existência e efectiva verificação do funcionamento de mecanismos de controlo externo (e, por isso, independentes da Autoridade) que possam fomentar a defesa e cumprimento dos interesses das entidades alvo do exercício concentrado de poderes⁹³.

A delimitação existente entre os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios não está clara nem unânime tanto a nível da doutrina, quanto a nível da jurisprudência e mesmo no que toca à legislação, por vezes, (con)funde-se a supervisão com o âmbito sancionatório. Pois, o facto de numa mesma entidade haver a integração dos dois poderes dificulta o decifrar da barreira e limites de actuação de um e de outro. Havendo mesmo posições defensoras de que a diferenciação entre um e outro impossibilitam de todo o processo de actuação das entidades reguladoras

⁹¹ SOUSA MENDES, 2012b: 309.

⁹² SOUSA MENDES, 2012b: 310

⁹³ SOUSA MENDES, 2012b: 311.

administrativas, no caso, da AdC. Há, portanto, duas posições distintas: de um lado a corrente que perfilha a existência de uma delimitação entre os poderes de supervisão e os poderes sancionatórios e, de outro lado, a corrente que não admite a distinção entre os dois poderes, defendendo que o poder sancionatório se encontra dentro do âmbito de supervisão, não podendo, por isso, verificar-se uma separação entre os dois. O problema com que nos deparamos é o de saber quando deixamos o âmbito de supervisão e passamos para o âmbito sancionatório, por exemplo, quando é que estamos perante uma inspecção e se impõe um dever de colaboração, por parte da entidade supervisionada, ou quando estamos (ou devíamos estar) perante uma busca mas utilizamos mecanismos de uma inspecção. Até que ponto estamos a aproveitar-nos das “facilidades” de uma inspecção, mas estamos já a levar a cabo um diligência de busca em que o dever de colaboração se impõe já de forma mais limitada? Será que o actual art. 31.º n.º 5 do RJC não impede a determinação do momento em que deixa de vigorar o dever de colaboração da entidade supervisionada passando a aplicar-se seu direito a não se auto incriminar? Atentos ao desenvolvimento de um processo de supervisão, não pretendemos inviabilizá-lo, de todo. Todavia, não podemos concordar com a inexistência de uma delimitação, ainda que possa ter vários pontos de intersecção, entre os dois âmbitos ou com a integração da supervisão no âmbito sancionatório.

2. Actuação da concorrência no âmbito de práticas restritivas da concorrência: articulação com a Comissão Europeia

No âmbito da União Europeia, a nível das interacções promovidas no mercado comum, é fundamental garantir o cumprimento das regras da concorrência, promovendo uma aplicação eficaz e uniforme do disposto nos arts. 101.º e 102.º do TFUE⁹⁴. Para tal, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, conforme disposto no seu considerando n.º 25, reforçou os poderes de investigação da Comissão, o que se reflectiu, posteriormente, nos poderes das autoridades dos Estados-Membros, no nosso caso, nos poderes da AdC. Por disposição do dito Regulamento (no art. 11.º), a

⁹⁴ Considerando n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003; em conformidade com o disposto no artigo 3.º do diploma, as autoridades nacionais da concorrência também estão vinculadas à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE na sua actividade em âmbito nacional.

Comissão e as autoridades nacionais de concorrência devem aplicar as regras comunitárias de concorrência em estrita colaboração. Juntas fazem parte da *ECN – European Competition Network*, uma rede de autoridades públicas responsáveis por assegurar a aplicação das disposições comunitárias de concorrência, cuja conduta é norteada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003⁹⁵. Para uma aplicação efectiva das normas, o Regulamento concede à Comissão e às autoridades nacionais da concorrência poderes de investigação e decisórios.

2.1. Poderes de investigação da Comissão (“*Investigative powers*”)

Os poderes de investigação da Comissão estão plasmados, conforme se referiu, no Regulamento (CE) n.º 1/2003, nomeadamente, nos arts. 18.º (pedido de informações), 20.º (poderes da Comissão em matéria de inspecção) e 21.º (inspecção de outras instalações).

2.1.1. Pedidos de informações

Ao abrigo do art. 18.º do Regulamento, por meio de simples pedido ou decisão, a Comissão pode solicitar a empresas ou associações de empresas investigadas que facultem todas as informações necessárias para o auxílio da investigação em curso. Ao requerer as informações, a Comissão deve fundamentar juridicamente o pedido, e qual a finalidade do mesmo, especificar quais as informações necessárias e o prazo para fornecer as informações requeridas. No caso da solicitação ter sido feita mediante simples pedido ou decisão e constatando-se que as empresas ou associações de empresas tenham fornecido informações inexactas ou deturpadas, deliberadamente ou negligentemente, a Comissão pode aplicar uma coima cujo montante pode atingir até 1% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente. No caso das informações terem sido requeridas por decisão, poderá ser aplicada sanção igual se se verificar que as informações fornecidas estavam incompletas ou se as mesmas não tiverem sido facultadas à Comissão dentro do prazo estipulado pela Comissão⁹⁶. Tendo em vista o objectivo de compelir as empresas investigadas a fornecer as informações de forma exacta e completa, a

⁹⁵ Considerando n.º 15 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁹⁶ Art. 18.º, ns.º 1, 2 e 3 e art. 23.º, n.º 1, als. a) e b) do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Comissão poderá, ainda, aplicar a sanção pecuniária compulsória prevista no art. 24.º, n.º 1, al. d) do Regulamento.

2.1.2. Poderes da Comissão em matéria de inspecção

Nos termos do art. 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 a Comissão Europeia pode efectuar inspecções e apreensões a empresas ou associações de empresas para fazer face a práticas proibidas pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Apesar da Comissão poder levar a cabo inspecções a empresas sem a necessidade de mandado judicial, e dessas empresas estarem obrigadas a suportar as inspecções, as diligências deverão ser ordenadas por decisão da Comissão. Dessa decisão deverá fazer-se constar o objecto e a finalidade da diligência, a data prevista para a realização da mesma, as sanções que poderão aplicar-se de acordo com o estipulado nos arts. 23.º e 24.º do mesmo Regulamento e a possibilidade impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça⁹⁷.

A Comissão deve comunicar previamente a sua intenção à Autoridade de Concorrência responsável do Estado-Membro em que se encontre a empresa visada⁹⁸. Caso a empresa alvo das diligências de inspecção se oponha à realização das mesmas, a Comissão poderá ter de solicitar a assistência do Estado-Membro para, sendo necessário, intervenção da força pública na realização das inspecções. Assim, se estiver prevista, nas regras nacionais, a necessidade de autorização prévia para poder levar a cabo diligências de inspecção contra a vontade das empresas, deve a Comissão solicitar autorização de uma autoridade judicial competente desse Estado-Membro⁹⁹. Contudo, essa autorização não visa o controlo da legalidade da decisão da Comissão, esse está reservado ao Tribunal de Justiça. A autorização da autoridade judicial nacional fará o controlo da autenticidade da decisão da Comissão e do carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas tendo em conta o objecto da inspecção¹⁰⁰.

⁹⁷ Art. 20.º, n.º 3 e n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003

⁹⁸ Art. 20.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

⁹⁹ Art. 20.º, n.º 6 e n.º 7 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

¹⁰⁰ Art. 20.º, n.º 8 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Os poderes da Comissão para realizar inspecções possibilitam, aos seus funcionários, a análise e a cópia (total ou parcial) de qualquer elemento relacionado com o negócio em causa, independentemente do tipo de suporte em que esses dados se encontrem armazenados¹⁰¹. Além dos dispositivos pertencentes à empresa, também poderão ser examinados dispositivos dos funcionários da empresa que sejam utilizados no decurso da actividade profissional, desde que esses dispositivos se encontrem nos estabelecimentos inspeccionados. Os investigadores procuram os elementos que pretendem através de palavras-chave ou através de instrumentos de software e hardware da Comissão que lhe permitam copiar, procurar e recuperar dados sem danificar os sistemas e suportes electrónicos da empresa inspeccionada¹⁰². Os dados seleccionados armazenam-se e realiza-se uma cópia e um inventário detalhado para entregar à empresa. Se a investigação não for finalizada nas instalações da empresa, os investigadores farão uma cópia dos dados que não tenham sido analisados e essa cópia será colocada num envelope selado. Os representantes das empresas serão informados para presenciarem a abertura desse envelope e para, caso entendam, contestarem as diligências¹⁰³. Quando a investigação se der por terminada os dados serão eliminados¹⁰⁴.

Inicialmente, no âmbito de uma investigação, a prática da Comissão ao realizar inspecções consistia em consultar os dados electrónicos nos locais e durante o período de tempo em que se desenrolavam as operações. À medida que decorriam as operações, os investigadores imprimiam os documentos que achavam convenientes à investigação e, quando davam por terminadas as inspecções, realizavam uma cópia dos elementos que tinham apreendido remetendo-a às empresas alvo das medidas¹⁰⁵. Caso os representantes das empresas considerassem que os documentos teriam

¹⁰¹ *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 9. Disponível em: <ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf>. [Consultado em 15.9.2015].

¹⁰² *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 10.

¹⁰³ *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, §§ 14 e 15.

¹⁰⁴ Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 13; *Vinci* cit., § 26.

¹⁰⁵ *Vinci* cit., § 25.

interferência no sigilo profissional entre advogado e cliente, nomeadamente, a nível dos direitos de defesa do cliente, poderiam opor-se à sua apreensão. Incumbindo às empresas apresentar uma justificação adequada e acompanhada por elementos que corroborassem a sua reclamação de forma a verem o seu pedido satisfeito¹⁰⁶.

2.1.3. Inspecção de outras instalações

Havendo suspeita razoável de que existam elementos informativos relacionados com o objecto de uma inspecção, noutras instalações, terrenos ou meios de transporte, e que sejam susceptíveis de provar violação dos disposto nos arts. 101.º e 102.º do TFUE, a Comissão tem o poder de ordenar inspecções a essas outras instalações. Todavia, dessa decisão de ordenar uma inspecção, em local que não seja a instalação da empresa visada, não poderá deixar de constar o objecto e a finalidade da inspecção, a data prevista para a realização da diligência, os motivos que determinaram a suspeita razoável e a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça¹⁰⁷. Para realização das diligências, deverá ser dirigido, à autoridade judicial do Estado-Membro em causa, um pedido prévio de autorização. Também nestas diligências a autoridade judicial fará o controlo da proporcionalidade das medidas tendo em conta a gravidade da infracção em causa e a participação da empresa suspeita, a importâncias das provas procuradas e a razoabilidade da suspeita de que os elementos procurados se encontram nas instalações que se pretende inspecionar. Porém, conforme foi já mencionado, o controlo da legalidade da decisão é da reserva do Tribunal de Justiça¹⁰⁸.

Nas inspecções de outras instalações não há lugar à aplicação das sanções estipuladas nos arts. 23.º e 24.º do Regulamento.

¹⁰⁶ Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011, pp. 6-36, §§ 51 e 52. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020(02)&from=FR)>. [Consultado em 3.9.2015]; *Vinci* cit., § 25.

¹⁰⁷ Art. 21.º, ns.º 1 e 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

¹⁰⁸ Art. 21.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

O TJUE pronunciou-se, num acórdão de 14 de Novembro de 2012¹⁰⁹, sobre medidas a tomar durante as inspecções, reforçando o entendimento de que a Comissão, ao inspecionar uma empresa, deve limitar a sua busca às actividades, dessa empresa, que estejam relacionadas com o tema sobre o qual versa a ordem da inspecção. Assim, se se verificar que determinado documento não releva no âmbito visado, esse documento não deverá utilizar-se na investigação. Pois, caso a Comissão não fosse sujeita a essa limitação inicial, haveria a possibilidade de efectuar uma inspecção, sempre que se suspeitasse que uma empresa desrespeitava as regras de concorrência em determinada área, com o intuito de identificar uma infracção que pudesse, efectivamente, ter sido cometida, sem, porém, existir uma suspeita fundada que justificasse essa ingerência. Situação que seria incompatível com a necessária protecção da esfera da vida privada das pessoas colectivas, garantida enquanto direito fundamental numa sociedade democrática¹¹⁰.

3. Diligências de investigação realizadas pela Autoridade da Concorrência – inspecções e buscas

As buscas e as inspecções são diligências de investigação distintas que podem ser utilizadas em processos contra-ordenacionais e de supervisão¹¹¹. No âmbito do RJC, as buscas estão reguladas nos arts. 18.º e 19.º do RJC, ocorrendo em âmbito sancionatório, e as inspecções são reguladas pelo art. 63.º e 64.º do RJC, ocorrendo em âmbito de supervisão.

De acordo com a disposição do art. 67.º do RJC, as violações às normas previstas no RJC e no direito da União Europeia constituem contra-ordenações susceptíveis de punibilidade nos termos do art. 68.º do RJC e de aplicação de sanção acessória de publicitação da infracção, conforme o disposto no art. 71.º do RJC.

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=FR&docid=129703>>.
[Consultado em 1.9.2015].

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597, n.ºs; *Vinci* cit., § 27.

¹¹¹ Autoridade da Concorrência, 2013: 5 e 7.

As contra-ordenações no domínio da concorrência seguem o regime geral das contra-ordenações (Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), naquilo que lhes for aplicável, com as devidas especificidades previstas no RJC.

O n.º 1, do art. 13.º do RJC dispõe que os processos por infracção ao disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC se regem pelo RJC e, subsidiariamente, pelo RGCO. Podemos, então, dizer que, em primeiro lugar, devemos reger-nos pelo RJC, em segundo lugar e como direito subsidiário, devemos olhar ao RGCO e, em terceiro lugar, de acordo com o disposto no art. 41.º, n.º 1 do RGCO, devemos recorrer ao direito processual penal, mas só após avaliação da necessidade e admissibilidade da aplicação das regras processuais penais à questão contra-ordenacional.

Em matéria de estudos, inspecções e auditorias (supervisão), os procedimentos regem-se pelo RJC e, subsidiariamente, pelo Código de Procedimento Administrativo¹¹².

A fim de assegurar o cumprimento das regras de concorrência, a AdC, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão¹¹³, pode desencadear procedimentos de investigação cujo objecto tem em consideração alegadas práticas restritivas das regras de concorrência, nomeadamente, no âmbito de situações em que se apliquem os arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC e os arts. 101.º e 102.º do TFUE¹¹⁴.

3.1. Inspecções efectuadas pela Autoridade da Concorrência – âmbito da supervisão

No exercício dos seus poderes de supervisão e mediante a verificação de circunstâncias que suscitem a ocorrência de medidas restritivas às regras da concorrência, a AdC pode realizar inspecções a quaisquer empresas ou associações

¹¹² Art. 60.º do RJC e Sentença do Tribunal de Comércio do Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB: 52.

¹¹³ De acordo com o art. 5.º, n.º 1 do RJC, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

¹¹⁴ Neste sentido v. Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011, pp. 6-36, §§ 51 e 52. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020\(02\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC1020(02)&from=FR)>. [Consultado em 20.11.2017]; Autoridade da Concorrência. 2013. *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE* e Regulamento (CE) n.º 1/2003.

de empresas tendo em vista a identificação das causas¹¹⁵. Estas diligências podem ocorrer mediante planos estruturados ou ocasionalmente. Após a anuência da entidade visada e em cumprimento do seu dever de colaboração, a AdC notifica-a com uma antecedência mínima para lhe comunicar a data da acção inspectiva e de que forma a mesma se vai desenvolver. Estas diligências podem decorrer no âmbito de um processo de supervisão¹¹⁶ ou por via da execução de planos previamente aprovados¹¹⁷.

Durante uma inspecção, a AdC tem poderes para aceder a todas as instalações das empresas alvo, bem como a todas as suas dependências e meios de transporte que lhes pertençam; pode, também, inspeccionar e obter cópias de livros/cadernos/documentos independentemente do suporte em que se apresentem; a AdC pode, ainda, solicitar às empresas, pessoas ou outras entidades todos os esclarecimentos/informações que considere relevantes e que estejam relacionados com o objecto e a finalidade da diligência em curso, bem como registar as respostas às questões levantadas¹¹⁸. Na sequência de uma acção inspectiva, qualquer trabalhador, colaborador ou representante legal da(s) empresa(s) visada(s) fica obrigado a colaborar com a AdC de forma a que esta exerça os seus poderes sem interferências¹¹⁹.

Contudo, a AdC ao solicitar esclarecimentos/informações deve mencionar no seu pedido a base jurídica e o objectivo do mesmo; o prazo para fornecimento dos elementos ou para comunicação das informações; a necessidade das empresas referirem quais as informações que consideram confidenciais no acesso legalmente determinado à informação administrativa, juntando cópia dos documentos que contenham essas informações, expurgada das mesmas; que o incumprimento do pedido constitui contra-ordenação punível conforme a al. h), do n.º 1, do art. 68.º do RJC¹²⁰; e, por último, deverá referir que toda a informação e documentação obtida no âmbito de uma inspecção (âmbito da supervisão) poderá, depois, ser utilizada como

¹¹⁵ Arts. 63.º, n.º 1 e 64.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012.

¹¹⁶ Art. 8.º, n.º 1, do RJC.

¹¹⁷ Arts. 63.º, ns.º 2 e 3 e 64.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012.

¹¹⁸ Arts. 61.º, n.º 5 e 64.º, n.º 3 da Lei n.º 19/2012.

¹¹⁹ Art. 64.º, n.º 4 da Lei n.º 19/2012.

¹²⁰ Art. 43.º do RJC.

meio de prova num processo sancionatório já existente ou a instaurar, sendo certo que, para isso, se impõe que a AdC informe e esclareça as empresas previamente de que essa utilização poderá efectivamente acontecer¹²¹. Sendo certo que a realização destas diligências tem como objectivo a supervisão do cumprimento da lei da concorrência, pelo que não se trata aqui, ou não deveria tratar-se, da tentativa de encontrar “[...] ilícitos, sob pena de se transformarem em buscas encapotadas (em manifesta fraude à lei) [...]”¹²².

3.2. Buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência - âmbito sancionatório

As buscas são meios de obtenção de prova¹²³ previstos nos arts. 174.º e 177.º do CPP e nos arts. 18.º e 19.º do RJC.

Decorre dos arts. 18.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 19/2012 e 174.º, n.º 2 do CPP que existindo fortes indícios ou suspeitas razoáveis que demonstrem com um certo grau de certeza a ocorrência de uma prática restritiva da concorrência, a AdC tem competência para, no exercício dos seus poderes sancionatórios, proceder a buscas e apreensões de documentos e elementos susceptíveis de servirem como prova¹²⁴, independentemente do seu suporte, nas instalações de empresas ou associações de empresas, terrenos ou meios de transporte, desde que a realização das diligências seja previamente¹²⁵ autorizada por despacho da autoridade judiciária competente (arts. 18.º, ns.º 2 e 3 do RJC e 174.º, n.º 3 do CPP) e contando que tais medidas sejam necessárias para a obtenção de prova e para a prossecução do processo.

¹²¹ Art. 31.º, n.º 5 do Lei n.º 19/2012.

¹²² SOUSA MENDES, 2012b: 313.

¹²³ Os meios de obtenção de prova são procedimentos, admissíveis no processo, que visam a aquisição de meios de prova essenciais às autoridades judiciárias no decurso da investigação criminal. Os meios de prova servem para auxiliar o juiz na formação da sua livre convicção relativamente à veracidade dos factos a avaliar (ANTUNES, 2017: 110 e 111; BRAVO, 2010: 131 e 132), são os dados através dos quais se permite evidenciar os factos juridicamente relevantes (SOUSA MENDES, 2018: 173). Ou seja, os meios de prova são os elementos utilizados, de forma directa, como “fonte de convencimento” e os meios de obtenção de prova funcionam como um utensílio que permite a aquisição dos anteriores e são utilizados, habitualmente, nas fases preliminares do processo (MARQUES DA SILVA, 2008: 233 e 234), nomeadamente, durante o inquérito.

¹²⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2011: 486, FIDALGO, 2010: 166 e PINTO, 2005: 422 e 423.

¹²⁵ Sobre despacho prévio ver sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 17 e Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 7.

As diligências de busca são levadas a cabo, habitualmente, no decurso do inquérito e, em sede de inquérito, a autoridade judiciária competente¹²⁶ é o MP, cabendo-lhe seleccionar e recolher a prova necessária à investigação, com a assistência dos OPC¹²⁷. Razão pela qual a AdC dirige um requerimento devidamente fundamentado ao MP territorialmente competente (art. 21.º do RJC) e o MP profere um despacho¹²⁸ deferindo ou indeferindo a diligência. Se decidir pelo deferimento, o MP emite mandados subsequentes determinando (comunicando) à AdC a prática das buscas [art. 111.º, n.º 3, al. a) do CPP]. Ora, o despacho que autoriza as buscas e os mandados emitidos são dois actos processuais distintos: o despacho é a forma que toma um acto decisório do MP e o mandado é a forma de comunicação desse acto processual à AdC¹²⁹.

3.2.1. Despacho

O despacho corresponde à decisão do MP que ordena/autoriza as diligências de busca. Deve ser requerido previamente pela AdC ao MP, devendo ser proferido no prazo de 48 horas após o pedido (art. 18.º, n.º 3 do RJC). Antes do início das diligências, deve ser entregue, a quem tiver a disponibilidade do lugar onde a diligência se vai realizar, uma cópia do despacho de autorização [arts. 18.º, n.º 4, al. b) do RJC e 176.º, n.º 1 do CPP]. O despacho deve obedecer aos requisitos formais dos actos escritos, devendo estar concretamente fundamentado¹³⁰ de facto e de direito (art. 97.º, n.ºs 3, 4 e 5 do CPP). A propósito das buscas, a fundamentação do

¹²⁶ Esta competência cabe ao MP por ser a ele que assiste a direcção do inquérito (art. 263.º, n.º 1 do CPP). Se estivermos no âmbito de uma busca não domiciliária, a autoridade judiciária a quem compete emitir o despacho de autorização das buscas é o MP (art. 174.º, n.º 3 e art. 267.º, do CPP); no caso das buscas domiciliárias, por estar em causa o valor do direito constitucionalmente consagrado à inviolabilidade do domicílio - arts. 32.º, ns.º 4 e 8 e 34.º, da CRP - a autorização para realização das diligências, durante o inquérito, compete ao JIC (art. 177.º, n.º 1 e art. 269.º, n.º 1, al. c), do CPP). Pese embora as buscas deverem ser, em regra, previamente autorizadas (art. 174.º, n.º 3, do CPP), poderão ser praticadas sem autorização judicial prévia (art. 174.º, n.º 5 e art. 251.º, do CPP), desde que se levem ao conhecimento imediato da autoridade judiciária para apreciação e validação posteriores (arts. 174.º, n.º 6 e 251.º, n.º 2, do CPP).

¹²⁷ Arts. 262.º e 267.º do CPP.

¹²⁸ Autoridade da Concorrência, 2010, nota 23.

¹²⁹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 41.

¹³⁰ Sobre a fundamentação do despacho ver ALBUQUERQUE, 2011: 486 e 487.

despacho traduz-se na determinação específica de quais as diligências ordenadas e na justificação para a realização das mesmas¹³¹.

Do despacho devem constar o objecto da investigação e a descrição dos ilícitos em questão, elementos essenciais para que o visado tome conhecimento das razões e dos fundamentos que justificaram a realização daquelas diligências¹³². Independentemente da abundância e/ou especificidade da informação prestada aos visados, é essencial que a motivação do despacho demonstre que as ingerências aos valores fundamentais, da reserva da vida privada e do domicílio, serão inferiores quando comparadas com os direitos/interesses em nome dos quais se vai proceder às buscas e apreensões¹³³.

3.2.2. Mandado

Do mandado devem constar a ordem a que se destina (implica o âmbito e extensão das buscas autorizadas), o local onde se presume que as diligências irão decorrer e as indicações indispensáveis ao seu cumprimento (arts. 185.º e 191.º do CPC aplicável *ex vi* art. 4.º do CPP).

Não podemos, por isso, concordar, tal como o TCL no caso Vatel, que a entrega do duplicado dos mandados substitua a entrega da cópia do despacho, uma vez que os elementos constantes dos mandados não dão a conhecer as razões e os fundamentos que justificam a diligência, o objecto da investigação. Pelo contrário, é no despacho “[...] que é dado a conhecer o objecto da investigação e os ilícitos em causa, isto é, as razões e os fundamentos que justificam a diligência, sendo indiscutível que só na posse destes elementos a pessoa objecto da busca tem efectiva possibilidade de reacção”¹³⁴.

¹³¹ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 25.

¹³² Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, de 02.05.2007, Processo n.º 965/06TYLSD. Ver também Autoridade da Concorrência, 2010, § 37 e nota 23; FIDALGO, 2010: 166 e PINTO, 2005: 449.

¹³³ PRIETO RODRIGUÉZ *Apud* PINTO, 2005: 450; ver também VALENTE, 2005: 106 e 107.

¹³⁴ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 41.

A propósito da arguição da nulidade do mandado pela arguida “Área Farmacêutica, Lda”, deve esclarecer-se que o mandado faz parte das formalidades que devem ser respeitadas no âmbito dos métodos de obtenção de provas. Todavia, de acordo com o princípio da legalidade estipulado no art. 118.º, ns.º 1 e 2 do CPP, a violação ou inobservância das disposições da lei de processo só determinam a nulidade do acto (no caso as diligências levadas a cabo pela AdC) quando esta for expressamente cominada na lei, pelo que, nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular (primeira vertente do princípio da tipicidade). E, na segunda vertente, a nulidade só será insanável se a lei a cominar como tal (art. 119.º CPP)¹³⁵.

3.2.3. Buscas Domiciliárias

As buscas domiciliárias promovem actos cuja natureza e gravidade contende directamente com direitos fundamentais, pelo que, a sua realização fica dependente da autorização do juiz de instrução (arts. 21.º e 19.º do RJC e arts. 268.º e 177.º do CPP, aplicáveis *ex vi* art. 41.º, n.º 1 do Dec. Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro e art. 13.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio). O direito à inviolabilidade do domicílio consagrado no art. 34.º da CRP transporta-nos para o conceito de domicílio e, consequentemente, para o entendimento sobre as buscas domiciliárias. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao direito à inviolabilidade do domicílio está inerente a protecção de bens jurídicos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento livre da personalidade, a garantia da liberdade individual, a autodeterminação existencial e a garantia da privacidade e, neste sentido, o conceito de domicílio ou o domicílio deve abranger, além da residência habitual, o domicílio profissional na medida em que também no local de trabalho a pessoa carece de protecção da sua dignidade humana e do seu direito à liberdade¹³⁶. Assim entende também o Tribunal Constitucional referindo que “[...] tal garantia se não limita a proteger o domicílio, entendido este em sentido estrito, ou seja, no sentido civilístico de residência habitual; antes, e de acordo com a interpretação que dela tradicionalmente e feita, tem uma dimensão mais ampla, isto é, e mais

¹³⁵ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 5.

¹³⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 18 e 19

especificamente, tem por objecto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatadamente e livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar [...]”¹³⁷. Todavia, no que toca ao conceito de domicílio, além de determinar a sua amplitude “espacial”, digamos assim, na matéria aqui em causa é necessário verificar se a protecção que se confere através do art. 34.º da CRP é extensível às pessoas colectivas, nomeadamente, através da equiparação de domicílio à sede social¹³⁸. E, apesar de em determinados aspectos se considerar que as pessoas colectivas podem, também elas, ser titulares de direitos fundamentais (desde que sejam compatíveis com a sua natureza), quanto à questão particular da garantia à inviolabilidade do domicílio, tanto a jurisprudência quanto grande parte da doutrina nacional têm vindo a pronunciar-se pela não equiparação do domicílio às sedes das pessoas colectivas¹³⁹. A respeito da doutrina desta opinião, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁴⁰ considera que “a protecção do ‘domicílio’ nos termos do artigo 34.º da CRP não inclui a sede da pessoa colectiva”; Maria José Costeira¹⁴¹ refere que “tendo em mente a natureza do direito assegurado pela garantia da inviolabilidade do domicílio, teremos de concluir que o mesmo não é compatível com a natureza das pessoas colectivas”; Conde Correia defende que “em sentido que cremos mais consistente (...) a protecção do domicílio visa antecipar a tutela da intimidade, excluindo-se, portanto, o domicílio profissional e a sede das pessoas colectivas”¹⁴² e Canotilho¹⁴³ considera ser “muito duvidoso que a protecção da sede das pessoas colectivas (...) ainda se enquadre no âmbito normativo constitucional da protecção do domicílio”. Em sentido divergente, mas em concordância com o TEDH, Paulo Mota Pinto aponta que “as pessoas colectivas podem já ser titulares (...) do direito à inviolabilidade do domicílio”¹⁴⁴.

¹³⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, Proc. n.º 15/87, in, Diário da República, 1ª Série, n.º 167, de 22 de Julho de 1989: 2888.

¹³⁸ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 19.

¹³⁹ Nesse sentido ver Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 21 e segs.

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE, 2011: 501 e 502.

¹⁴¹ COSTEIRA, 2007: 29.

¹⁴² CORREIA, 1999: 51.

¹⁴³ CANOTILHO e MOREIRA, 2007: 540.

¹⁴⁴ PINTO, 2000:185.

De acordo com o TCL, “[...] não é esta a situação face à nossa lei nacional, no regime processual nacional exige-se que as diligências de busca sejam sempre autorizadas por uma autoridade judiciária e, desta forma, no entender do TCL, a lei nacional acautela a salvaguarda dos direitos das empresas, garantindo a necessária protecção contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. Continua o TCL referindo que os direitos que se podem considerar aplicáveis às empresas por via do art. 8.º da CEDH são garantidos integralmente pelo facto das diligências dependerem de despacho do MP¹⁴⁵, uma entidade cuja actividade é pautada pela conformidade com a Constituição, por critérios de legalidade e objectividade e não por razões de oportunidade ou conveniência¹⁴⁶. A conclusão do direito nacional não é posta em causa pelo disposto no art. 8.º da CEDH [...]”¹⁴⁷. Ora, considera o TCL que “[...]além de suceder no âmbito do processo penal, acontece também no âmbito do processo contra-ordenacional, onde estão em causa bens jurídicos de menor dignidade constitucional. E no caso concreto das contra-ordenações no domínio da concorrência, a AdC quando solicita a necessária autorização para realizar buscas, fá-lo através de requerimento fundamentado (art. 18.º, n.º 3 do RJC), o que permite ao MP aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo certo que se não ficar convicto de que há indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará a diligência [...]”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 22.

¹⁴⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 15.

¹⁴⁷ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB: 12.

¹⁴⁸ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS: 23.

IV. TRANSMISSIBILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS

1. O problema que cumpre apreciar

No âmbito do que é a sua missão, a AdC exerce regularmente poderes de regulamentação, supervisão e sancionatórios. Embora sejamos da opinião de que o exercício de poderes sancionatórios não deva ser confundido com o exercício de poderes de regulamentação e supervisão, compreendemos que, em algum momento, possa existir uma relação de interdisciplinaridade entre o exercícios desses poderes, sob pena de frustrar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência.

Sucedem, porém, que, de acordo com o estipulado no art. 31.º, n.º 5, do RJC, “a informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efectuadas pela Autoridade da Concorrência”. Neste sentido, o que nos preocupa não é só o discernir do alcance dos poderes da AdC, mas será, também, o problema que, a nosso ver, decorre do preceito mencionado e que é o da transmissibilidade dos elementos obtidos sob o exercício de poderes de supervisão para âmbito e processo sancionatório e que abrirá a porta à indefinição e manipulação nas estratégias de supervisão/investigação.

Ora, chegados a este momento, o cerne do nosso estudo terá enfoque em dois pontos que nos têm suscitado mais dúvidas. Em nosso entender, e conforme temos vindo a salientar ao longo deste estudo, este mecanismo de permissibilidade ou permeabilidade trazido pelo art. 31.º, n.º 5 do RJC causará constrangimentos em, pelo menos, dois momentos: num momento prévio, quando se desenrola a fase de investigação, nomeadamente, aquando da recolha de prova (tanto em âmbito de supervisão quanto em âmbito sancionatório) e, posteriormente, num momento de valoração da prova obtida. Relativamente ao primeiro momento, como é que poderemos aferir o cumprimento dos condicionalismos de recolha de prova numa investigação que se desenrole tanto em âmbito de supervisão (numa inspecção) quanto em âmbito sancionatório (numa busca), sabendo que, desde logo, a prova

recolhida pela AdC no exercício dos seus poderes de supervisão poderá ser utilizada em processo sancionatório, já existente ou futuro? E, ainda num primeiro momento, como poderemos articular os elementos resultantes de uma inspecção e os elementos resultantes de uma busca tendo em conta que para a obtenção de cada um deles houve exigências de níveis diferentes? Estaremos nós perante uma manipulação do mecanismo das inspecções para obter prova que não conseguiríamos através de uma busca, em âmbito sancionatório?

No que diz respeito ao momento posterior de valoração de prova, também aqui surgem questões que devem ser discutidas, nomeadamente, em que medida poderá a prova recolhida em no exercício dos poderes de supervisão da AdC ser comunicada para âmbito sancionatório? Mais pormenorizadamente, sendo valorada, qual será a força desta prova para uma decisão de condenação da AdC? Havendo condições mais restritas, como sabemos, para obtenção de um elemento de prova em âmbito sancionatório do que as existentes no âmbito de supervisão, poderá a prova obtida em supervisão ter o mesmo valor que uma prova obtida em âmbito sancionatório?

Numa tentativa de debelar estas nossas preocupações tentaremos, em seguida, abordar de forma objectiva as questões com que nos deparamos e procuraremos confrontá-las com a temática que aqui se impõe que é a das proibições de prova numa tentativa de encontrar uma resposta para satisfazer cada uma delas.

2. Produção de elementos probatórios e proibições de prova

Os processos sancionatórios por adopção de práticas restritivas da concorrência regem-se pelas normas de âmbito sancionatório previstas no RJC, aplicando-se subsidiariamente o regime geral do ilícito de mera ordenação social, conforme o disposto nos arts. 13.º e 59.º do RJC e, ainda, por via do estipulado no art. 41.º do RGCO será aplicável subsidiariamente as normas processuais penais.

Ora, em matéria de elementos probatórios, o art. 125.º do CPP consagra o princípio da legalidade da prova¹⁵¹, estabelecendo que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Também, no âmbito do RJC, se determina este princípio, nomeadamente, no art. 31.º, n.º2. Por seu turno, o art. 32.º, n.º 8 da CRP determina

¹⁵¹ Sobre o princípio da legalidade da prova ver ANTUNES, 2017:165;

que (juntamente com o estipulados nos arts. 25.º, 26.º e 34.º da CRP), são nulas (provas proibidas por lei) todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. As proibições de prova funcionam como fronteiras para a descoberta da verdade material de forma a garantir a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos quando se pretende apurar os factos integrantes do objecto de determinado processo¹⁵². À semelhança do que sucede com grande parte da doutrina alemã¹⁵³, em Portugal, a matéria processual penal das proibições de prova poderá dividir-se em proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova¹⁵⁴.

2.1. As proibições de produção de prova

As proibições de produção/obtenção/recolha de prova visam regular/controlar e delimitar o modo de obtenção de provas. As proibições de valoração de prova visam regular o aproveitamento judicial da matéria de prova já recolhida¹⁵⁵.

No campos das proibições de produção de prova encontramos, ainda, três subcategorias: os temas proibidos de prova, os meios de prova proibidos e os métodos de prova proibidos¹⁵⁶. A existência da categoria dos temas proibidos de prova determina que há determinadas matérias (os temas proibidos) sobre as quais não se deve proceder a investigação, é vedada a obtenção de prova desses assuntos específicos. Factos relacionados com o segredo de Estado (arts. 137.º e 182.º do CPP) constituem tema de prova proibido, em que o interesse público em não violar o segredo de Estado se sobrepõe ao interesse público da descoberta da verdade material¹⁵⁷. Quanto à segunda categoria dos meios de prova proibidos, retrata-se a situações em que a produção de prova se faz através de meios de prova que não podem servir, não podem ser usados, de prova, independentemente da forma como foram obtidos. A existência de métodos de prova proibidos estabelece a proibição de

¹⁵² COSTA ANDRADE, 1992: 83; GÖSSEL Apud COSTA ANDRADE, 1992: 83; SOUSA, 2012: 277.

¹⁵³ AMBOS, 2009: 5.

¹⁵⁴ SOUSA MENDES, 2018: 177.

¹⁵⁵ AMBOS, 2009: 6.

¹⁵⁶ AMBOS, 2009: 6; SOUSA MENDES, 2018: 178.

¹⁵⁷ AMBOS, 2009: 6; SOUSA MENDES, 2018: 178.

obtenção de prova através de determinados procedimentos que, por si só, violem as barreiras constitucionalmente impostas no que respeita ao processo de recolha de prova. Os métodos de prova proibidos dividem-se em métodos de prova absolutamente proibidos (quando os mecanismos utilizados para obtenção de meios de prova são proibidos de forma geral) e em métodos de prova relativamente proibidos (quando os mecanismos podem ser utilizados mediante autorização de autoridade judiciária ou mediante consentimento do visado)¹⁵⁸. Dentro dos métodos de prova proibidos encontramos os métodos contrários aos direitos de liberdade, que serão todos aqueles que violem os direitos fundamentais dos cidadãos (arts. 32.º da CRP e 126.º do CPP), mas que, também eles, estarão nivelados no que respeita à absoluta ou relativa proibição da sua utilização¹⁵⁹. Ainda nesta categoria dos métodos de prova proibidos, consideramos conveniente referir os procedimentos violadores de formalidades relativas à obtenção de prova¹⁶⁰. Para que se possa falar em violações de prova através da violação de regras da prova, essas violações terão que ter sido exercidas contra direitos de liberdade. A violação das formalidades mencionadas poderão constituir nulidades dependentes de arguição ou meras irregularidades¹⁶¹.

2.2. Transmissibilidade dos elementos probatórios – uma abordagem ao art. 31.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência

Neste ponto, tentaremos fazer uma abordagem que nos permita estabelecer, compreender e delimitar em que medida a prova recolhida em âmbito de supervisão é susceptível de ser transmitida e utilizada em âmbito de processo sancionatório e, bem assim, no âmbito de um processo contra-ordenacional.

É a própria lei (no caso, o art. 35.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência) que determina a eventualidade da informação e documentação obtidas âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência poderem ser permeáveis, podendo ser transmitidas e utilizadas como meio de prova num processo sancionatório já em curso ou que venha a ser instaurado posteriormente,

¹⁵⁸ AMBOS, 2009: 6; SOUSA MENDES, 2018: 179.

¹⁵⁹ SOUSA MENDES, 2018: 179 a 181; SOUSA, 2012: 279.

¹⁶⁰ ANTUNES, 2017: 167.

¹⁶¹ SOUSA MENDES, 2018: 182; SOUSA, 2012: 279.

desde que as empresas visadas sejam esclarecidas previamente da possibilidade dessa utilização.

Demonstrámos já a nossa consternação, sobretudo preocupação, quanto a este mecanismo, pelo que agora pretendemos equacioná-lo e confrontá-lo à luz das disposições em matéria de proibições de prova em processo contraordenacional e penal, subsidiariamente. Assim sendo, nesta primeira fase, iremos focar a nossa análise no que respeita às proibições de produção de prova, particularmente, na distinção do procedimento de recolha de elementos¹⁶² em âmbito de supervisão e sancionatório e se o facto da sua utilização posterior em processo sancionatório implica que sejam incluídos na categoria das proibições de produção de prova. Posteriormente, numa segunda fase, estudaremos o problema sob o ponto de vista das proibições de valoração de prova.

2.2.1. Princípio da proporcionalidade

2.2.1.1. Adequação

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada, neste caso seria a imposição do dever de colaboração deveria ser uma medida adequada à prossecução do fim, a defesa da concorrência e o funcionamento saudável do mercado¹⁶³.

2.2.1.2. Necessária

De acordo com Helena Gaspar Martinho, “[...] é necessária uma vez que não existem formas alternativas, menos onerosas, que permitam atingir o mesmo fim (em particular quando se investigam práticas tão gravosas e secretas como os cartéis, em que os únicos que, em princípio, dispõem de elementos que possam servir de prova desta prática são os próprios envolvidos). Não podemos neste ponto concordar com a doutrina que rejeita estar cumprido o requisito da necessidade uma vez que a AdC, tal como a Comissão tem, como meios alternativos de recolha de prova, a realização de buscas nas instalações, bem como o regime de clemência. Com efeito, as buscas

¹⁶²

¹⁶³ BOLINA, 2010: 409 e CANOTILHO, 2009: 269.

são, em nossa opinião, um meio mais gravoso de obter prova – desde logo porque são um meio mais intrusivo e porque paralisam o funcionamento das empresas enquanto decorrem”¹⁶⁴.

Talvez numa fase inicial as empresas considerem que prestar as informações e colaborar com as autoridades seja a forma menos prejudicial ao seu negócio, tanto por causa de não paralisar a sua actividade quanto por causa da opinião pública que se iria gerar sobre a sua actividade, o que acabaria por poder ser prejudicial relativamente à escolha dos clientes. No entanto, se considerarmos o dever de prestar informações, também neste âmbito é exigido ou pelo menos irá acontecer a paralisação da empresa, nem que seja por sectores, uma vez que a informação a prestar terá que ser recolhida pelos próprios funcionários e para o fazerem terão que deixar de trabalhar.

Num segundo ponto, devemos equacionar se, efectivamente, no âmbito de uma investigação da concorrência as buscas além de parecerem também serão o meio mais gravoso, uma vez que se estivermos perante a ocorrência de buscas (e por se considerar um meio mais gravoso) as empresas alvos dessas diligências terão, à partida, um estatuto menos susceptível de ser restringido do que se estivermos perante inspecções, dado que no âmbito das buscas não se dá a exigência da colaboração, são os próprios agentes/funcionários da AdC que levarão a cabo as diligências.

Ou seja, voltando ao que disse anteriormente, podemos pensar nas buscas como um meio mais gravoso, mas neste aspecto, o facto de não ser exigido a colaboração das empresas, nem lhes ser solicitado que forneçam determinados documentos permite ao menos que se exclua a auto-incriminação. E apesar de se referir que há sempre a possibilidade do contraditório ou de recorrer da Decisão da AdC, quando estamos perante uma inspecção é a própria arguida a fornecer a informação/documentação sendo sancionada se a informação estiver incorrecta ou incompleta pelo que, se pensarmos a nível de argumentação contraditória, a vida da arguida ficará dificultada, ou então, pensemos, como irá justificar a sua inocência se não poderá

¹⁶⁴ BOLINA, 2010: 1096.

afirmar sequer que determinados documentos são falsos (porque foi ela própria que os forneceu)?

2.2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Se da ponderação dos bens jurídicos em confronto se justifica a restrição, isto é, se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à restrição que foi feita do bem jurídico em causa¹⁶⁵.

3. Valoração processual dos elementos obtidos¹⁶⁶ - as proibições de utilização/valoração de prova

Após o enquadramento e estudo do art. 31.º, n.º 5 do RJC à luz da matéria das proibições de produção de prova, podemos considerar que o mecanismo plasmado no artigo mencionado não configura uma proibição de produção de prova. O que acontece, à luz do estabelecido, é a obtenção de elementos em âmbito de supervisão ou em âmbito sancionatório, independente, e obtida respeitando os condicionalismos de cada um dos âmbitos. Ora, estando preenchidos todos os requisitos exigidos para recolha de prova, em cada um dos âmbitos e tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, não há razão para qualquer proibição de produção de prova. Portanto, poderão estes elementos ser obtidos de forma lícita e em campos independentes ser utilizados posteriormente em processo diverso daqueles que lhes deu origem? Parece existir qualquer obstáculo à sua utilização desde que essa utilização seja para fins relacionados com o âmbito em que foram recolhidos os elementos, tendo em conta que esses elementos obedeceram a requisitos diferentes e foram encontrados em circunstâncias diferentes, consoante a sua obtenção se tenha verificado em âmbito de supervisão ou em âmbito sancionatório¹⁶⁷. Quer isto dizer

¹⁶⁵ CANOTILHO, 2009: 270.

¹⁶⁶ BOLINA, 2010: 409.

¹⁶⁷ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE, 2009: 48 e 49. Os autores defendem que “[...] o aproveitamento das informações recolhidas no âmbito da supervisão para instruir um processo contra-ordenacional não constitui uma violação do princípio da proibição da auto-incriminação, antes conforma uma restrição a este direito prevista na lei e permitida pela Constituição [...]”, consideram os mesmos autores que apesar dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação abrangerem a todos os âmbitos em que estejam em causa sanções de carácter punitivo, esses direitos “[...] não podem ter [...] uma eficácia

que, em não se tratando de elementos inquinados no momento da sua recolha/produção, à luz do art. 31.º, n.º 5 do RJC, serão elementos permitidos e que poderão, posteriormente, ser utilizados em processo sancionatório/contrordenacional. No entanto, apesar de considerarmos não existirem vícios na produção da prova, não estamos de acordo que esses elementos possam ser admitidos e ter a mesma força condenatória num processo de índole diferente daquele em que foram obtidos. Sabemos que não se trata de proibição de produção de prova, porque a mesma foi obtida de forma lícita, mas não poderíamos saber se a prova recolhida em âmbito de supervisão seria a mesma se tivesse sido recolhida mediante os requisitos que se impõem em âmbito sancionatório, pela razão de que num processo de supervisão as empresas estarem obrigadas a colaborar e a prestar toda a informação pedida pela AdC (não havendo dúvidas quanto à sua imposição) e, num processo sancionatório, em nosso entender, o dever de colaboração das empresas estar manifestamente reduzido por se tratar de um campo em que já existem indícios fortes da prática de ilícitos pelas empresas e já deviam existir garantias. Por isso, do nosso ponto de vista, a aprovação da utilização dessa prova num processo, que não foi aquele que lhe deu origem, não nos parece assim tão linear, ainda que do ponto de vista legal esteja autorizada e prevista.

Gostaríamos, porém, de salientar que mais nos preocupa na permeabilidade do art. 31.º, n.º 5 do RJC é a “espécie” de subterfúgio que permite a obtenção de elementos através duma diligência, à primeira vista, menos lesiva, uma inspecção que importa a verificação e obediência ao dever de colaboração por parte das empresas, nomeadamente, porque estão em âmbito não sancionatório e a possibilidade de aplicação de coima se esse dever não for cumprido. Assim, a barreira existente entre as diligências de busca e as diligências de inspecção tornar-se-á cada vez mais ténue, ou se quisermos, tornar-se-á mais difícil discernir qual o momento em que seria de esperar a utilização de uma busca ou de uma inspecção e a recolha de prova através de uma inspecção pode tornar-se mais lesiva do que a recolha de prova através de

absoluta[...]” particularmente a respeito do “[...]direito penal secundário, [...] no âmbito de um direito sancionatório de menor gravidade como é o do direito administrativo de mera ordenação social”.

uma busca (em que a empresa não está obrigada a colaborar fornecendo informações que a possam incriminar).

Sobre o regime da proibição de valoração da prova, “ [...] a proibição de utilização (=valoração) das provas proibidas afigura-se como sendo a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controlo social¹⁶⁸”. No entanto, nem sempre as proibições de produção de prova determinam a proibição de valoração dessa prova; pode acontecer, também, as proibições de produção de prova não terem qualquer consequência processual; e poderá haver “[...] algumas proibições de valoração de prova estranhas à existência de qualquer vício na anterior produção da prova”¹⁶⁹.

Consideramos ser nesta última categoria, em particular, que caberão alguns dos elementos obtidos por força do art. 31.º, n.º 5 do RJC, fazendo uma analogia dos elementos obtidos no decorrer de uma inspecção aos chamados conhecimentos fortuitos¹⁷⁰, isto aplicado àquelas investigações em que já haverá indícios da adopção de uma prática restritiva da concorrência e, por isso, deveria estar a decorrer uma busca. Não estamos a querer dizer que as buscas são menos lesivas (porque não o são, geralmente) estamos sim a tentar demonstrar que, apesar de serem e por serem mecanismos mais lesivos e, normalmente, do âmbito processual penal, importam a exigência e a verificação de garantias à empresa buscada que as inspecções em si não exigem e, ao mesmo tempo, a imposição do cumprimento do dever de colaboração. Ou seja, apesar de à primeira vista parecer e ser um mecanismo menos lesivo (isto se for levado a cabo nos termos e circunstâncias para os quais foi pensado, para o controlo e fiscalização), traz consigo consequências que podem terminar na condenação da empresa alvo da inspecção através de uma prova que ele próprio produziu por a isso ter sido obrigado; temos que referir que apesar de nos

¹⁶⁸ SOUSA MENDES, 2018: 182.

¹⁶⁹ SOUSA MENDES, 2018: 183.

¹⁷⁰ A qualificação dos factos ou conhecimentos que chegam à investigação, como fortuitos ou atinentes à investigação, determina qual o seu tratamento no processo, nomeadamente, a valoração ou a proibição de valoração como matéria probatória (AGUILAR, 2004: 18); os conhecimentos fortuitos correspondem aos factos adquiridos ocasionalmente, por causa de duma investigação diferente daquela a que se reportam esses factos ocasionais (ANDRADE, 1992: 304; ANDRADE, 2014: 155; em sentido semelhante VALENTE, 2006: 73 e AGUILAR, 2004: 18).

questionarmos sobre a aplicabilidade das garantias de defesa neste âmbito pelo facto de ainda não ser certo em que momento estamos num âmbito de supervisão e em que momento estamos noutro âmbito. Consideramos prejudicial ter que ser a própria arguida (a empresa) a produzir a prova que a vai condenar; ainda que estejamos no âmbito de direito penal secundário pois, grotescamente, podemos chegar a um ponto em que as duas diligências de fundem, deixando de fazer sentido uma distinção entre buscas e inspecções, e será a própria empresa a produzir a prova que a condena, quase tomando as funções da AdC.

Por causa dessa permissibilidade no aproveitamento de prova do art. 31.º, n.º 5, podemos chegar a um momento de utilização excessiva do mecanismo das inspecções para obter informações que de outra forma não obteriam.

Não considerariámos tão grave a transmissibilidade da prova recolhida em âmbito da supervisão para âmbito sancionatório (contra-ordenacional) se a prova fosse obtida no decorrer de uma mera supervisão (visando o “controlo ou fiscalização do cumprimento da lei”, sem a intenção de a carrear logo para processo contra-ordenacional). No entanto, a permeabilidade causada pelo disposto no art. 31.º, n.º 5 do RJC dá motivo para que uma inspecção (âmbito da supervisão) já acarrete a intenção de transferir a prova para outro âmbito e seja baseada em indícios fortes de que quase de certeza irá haver abertura de processo contra-ordenacional.

Como bem se percebe (referências que indicam a semelhança), este regime foi elaborado à semelhança do regime disposto no Regulamento (CE) n.º 1/2003. Sucede, porém, que no regime europeu não conseguimos encontrar uma distinção entre buscas e inspecções, o que nos leva a ponderar que a existência dessa distinção é feita apenas em teoria (porque o é no RJC, pelo menos legalmente) e em Portugal (equacionando as diligências portuguesas e as diligências feitas pela Comissão). É tão ténue a diferença “prática” que, por vezes, traz dificuldades aos próprios tribunais (por exemplo, em algumas sentenças/acórdãos não se menciona perante qual tipo de diligências estamos.

Nos casos do direito europeu da concorrência em que a Comissão Europeia tem competência para efectuar inspecções, está obrigada a afastar a prova que não é

pertinente para o caso e a limitar-se à prova que seja relevante para a sua decisão naquela matéria¹⁷¹.

O facto de se considerar que deixou de existir (ou nunca existiu) a diferença entre quando se usa (ou é suposto usar, adequado e proporcional) cada um dos mecanismos, não quer dizer que sejamos contra essa ausência, quer dizer que por considerar que o mecanismo usado é híbrido, isto é, usado tanto em âmbito da supervisão quanto em âmbito sancionatório, então, as garantias terão que ser adequadas ao mecanismo indefinido e deverão ter em consideração as ingerências/restrições e violações feitas aos direitos das empresas.

O art. 31.º, n.º 5 do RJC “sozinho” não enquadrado com o meio em que se insere pode parecer inofensivo e será inofensivo se tudo funcionar bem, mas o facto de ele ser permissivo na passagem da prova leva, só por si, a que se encurte o caminho da produção de prova, independentemente do processo que se visa iniciar, a recolha e produção de prova far-se-á sempre através de uma inspecção, uma vez que as buscas dificultam o processo de recolha, mas é uma inspecção que na verdade tem o intuito de uma busca só não pode ser denominada nem tomada como tal porque impediria a obtenção de prova que a inspecção permite. Vendo bem, estamos perante uma inversão daquilo que as inspecções pretendem ser, pelo que a não utilização (não valoração ou proibição de valoração) da prova afigura-se a solução menos prejudicial (tanto para a envolvente social e económica do Estado quanto para as empresas alvo das diligências) ou que ao menos não seja a única prova usada para a condenação.

¹⁷¹ Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011, pp. 6-36.

CONCLUSÃO

“Quando várias empresas de tecnologia vêm a criação de um monopólio como a definição de sucesso, como é que a legislação da concorrência se adapta para assegurar que nenhuma empresa explore o mercado?”

Os poderes da AdC patentes no art. 7.º do seu Estatuto não podem justificar tudo e nem são uma carta branca para realizar inspecções sem se ater à realidade jurídico-processual envolvente.

Uma empresa está a colaborar com a AdC, mas apesar de ser obrigada a colaborar, terá de haver limites à obrigação de colaborar, limites esses que são os limites aos poderes da AdC e que, em nosso entender surgem logo que haja suspeita de indícios da adopção de práticas (que será o início do processo contra-ordenacional). No entanto, colaborar em tudo o que for pedido pode a empresa fornecer informação que, posteriormente, será usada para puni-la, uma vez que a informação obtida no âmbito de uma inspecção poderá ser transportada para o âmbito de outro processo (ou pode originar um processo novo). Nas situações descritas (nos casos), já existem processos de contra-ordenação em curso, demonstrando precisamente os riscos que podem acontecer, havendo um processo em curso, com as mesmas arguidas, sobre a mesma temática e durante o “julgamento” desse processo são levadas a cabo diligências de investigação com o objectivo de carrear mais provas para o processo já em curso (tentando punir a arguida que do decurso de um processo decide não contribuir para a sua incriminação); claro que não estamos a falar de processo penal, mas estamos a utilizar mecanismos “desleais” que utilizados de acordo com o procedimento para o qual foram pensados, não facultariam informação suficiente para a “condenação”.

No seguimento do que foi dito, particularmente a respeito do nosso trabalho, o que não nos deixa descansar prende-se com o estipulado no art. 31.º, n.º 5 do RJC, designadamente, “a informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar [...]”. Permite-se, desta forma, que a prova recolhida no âmbito de poderes de supervisão possa, depois, ser aproveitada em âmbito sancionatório, nomeadamente, para efeitos

de processos contra-ordenacionais. Apesar da ressalva feita na segunda parte do preceito, temos dúvidas de que não estejam em causa direitos fundamentais.

Efectivamente, não existindo qualquer comunicação entre a supervisão e o sancionatório, a actividade de regulamentação, supervisão e sancionatório promovida pela AdC poderá ficar completamente inviabilizada e deixará de fazer sentido uma entidade independente para promover a defesa da concorrência. Ainda assim, ficamos duvidosos quanto ao sucesso desse mecanismo. Pensemos, por exemplo, no caso CP CARGA, em que já estava em vigor a Lei n.º 19/2012, mesmo dotada de um fortíssimo mecanismo de investigação, a AdC não demonstrou a qualidade cirúrgica que se lhe exigia, antes pelo contrário, faltou-lhe rigor em toda a linha de investigação, nomeadamente, fundamento bastante para os pedidos de informação que elaborou.

Queremos com isto afirmar que, não basta estarmos dotados de elementos tão poderosos de investigação como o do art. 31.º, n.º 5, é essencial, do nosso ponto de vista, uma verdadeira “adequação do princípio da proporcionalidade” ao longo de toda a actividade de investigação, designadamente, se se trata do mecanismo mais adequado para atingir o fim pretendido, se não se poderá optar por um mecanismo menos gravoso e se da ponderação dos bens jurídicos em confronto se justifica a restrição.

BIBLIOGRAFIA

AdC: Autoridade da Concorrência “Práticas Proibidas”, www.concorrenca.pt.

AGUILAR, F. 2004. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas: Contributo para o seu Estudo nos Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português*, Coimbra: Almedina.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALFAFAR, Diana. 2012. “O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 3, n.º 11-12, jul./dez., pp. 319-381.

AMBOS, Kai. 2009. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, in *Política criminal*, vol. 4, Julho, Art. 1, pp. 1-56.

ANASTÁCIO, Gonçalo, e SAAVEDRA, Alberto. 2013. “A Nova Lei da Concorrência Portuguesa – Notas Preliminares”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, n.º 7, Janeiro-Março, Lisboa.

ANDRADE, M. da C. 2014. "O Regime dos 'Conhecimentos da Investigação' em Processo Penal", in A. L. LEITE, *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma "Cirúrgica"?*, pp. 153-202, Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João. 2017. *Direito Processual Penal*, Reimpressão, Coimbra: Almedina.

Autoridade da Concorrência. 2010. *Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho* (actuais arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio).

Autoridade da Concorrência. 2013. *Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*.

Autoridade da Concorrência. 2013. *Linhas de Orientação sobre as prioridades no exercício dos poderes sancionatórios relativas à aplicação do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio*.

BACHMAIER WINTER, L. 2010. "Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in 2º *Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

BOLINA, Helena Magalhães. 2010. "O Direito ao Silêncio e o Estatuto dos Supervisionados à luz da Aplicação Subsidiária do Processo Penal aos Processos de Contra-Ordenação no Mercado de Valores Mobiliários", in *Revista do CEJ*., 2º Semestre, n.º 14, Lisboa, pp. 384-430.

BRAVO, T. M. 2010. "Revistas e Buscas: O Processo Penal na Era da Globalização", in M. M. VALENTE *et al.*, (org.) *III Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-158.

CANOTILHO, J. J. Gomes. 2009. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Reimpressão, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, V. 2007. *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1.º a 107.º*, 4ª ed. revista, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência (97/C 372/03), JO C 372, de 09/12/1997.

Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011.

CORREIA, J. C. 1999. "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?", in *Revista do Ministério Público*, ano 20.º, n.º 79, Lisboa, pp. 45-67.

COSTA ANDRADE, Manuel da. 2014. "Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um Acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144, n.º 3989, Novembro-Dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, pp.121-157.

COSTA ANDRADE, Manuel da. 1992. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

- COSTA RAMOS, Vânia. 2010. “*Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra: Almedina, pp. 175-198.
- COSTEIRA, Maria José. 2007. "As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional", in *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, pp. 27-38.
- Decisão do Conselho da AdC, de 11.07.2006, processo de contra-ordenação n.º 2005/25 (Decisão PRC 2005/25).
- ECN, Working Group Cooperation Issues and Due Process. 2012. *Investigative Powers Report*.
- Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003.
- FERREIRA, Catarina Couto. 2013. “Confluência na CMVM de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios – fator de tensão entre o dever de colaboração e o direito ao silêncio”, in *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, n.º 5, pp. 206-224.
- FIDALGO, Ana Rita. 2010. "Autorização judicial e legalidade nas buscas domiciliárias", in T. P. Beleza, & F. d. Pinto, in *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina pp. 161-183.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 1988-9. *Direito Processual Penal - Lições coligidas por Maria João Antunes*, Coimbra: Secção de Textos da FDUC.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. 2009. “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-61.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 2014. “Portugal - Commentary”, in HOFHUIS, Ymke (coord.), *Competition Law in Western Europe and the USA*, Vol. A4, Países Baixos: Kluwer Law International.
- KERR, O. S. 2005. “Searches and Seizures in a Digital World”, in *Harvard Law Review*, n.º 119, pp. 531-585.
- LOPES PORTO, Manuel *et al.* 2013. *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina.

- MARQUES DA SILVA, Germano. 2008. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed. revista e actualizada, vol. II, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.
- MARQUES DA SILVA, Germano. 2011. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., vol. II, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.
- MARTINHO, Helena Gaspar. 2014. "Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de Outubro de 2014, Petição n.º 97/11, *Delta Pekárny A. S. c. República Checa*" - Comentário de Jurisprudência, in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 17, Janeiro-Março, Coimbra: Almedina, pp. 279-304.
- MARTINHO, Helena Gaspar. 2010. "O direito ao silêncio à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência - uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários" - Comentário de Jurisprudência, in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra: Almedina, pp. 145-174.
- MARTINHO, Helena Gaspar. 2013. "O direito à não auto-incriminação no direito da concorrência – o diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido", in A. M. GUEDES *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1063-1104.
- PAZ FERREIRA, Eduardo e MORAIS, Luís Silva. 2009.
- PINTO, Ana Luísa. 2005. "Aspectos Problemáticos do regime de buscas domiciliárias", in *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, ano 15, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 415-456.
- PINTO, P. C. 2000. "A Protecção da Vida Privada e a Constituição", in *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, Coimbra: , pp. 153-204.
- RODRIGUES, Sara. & SERZEDELO, Dorothée. 2011. "O Estado Português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.º 6, Abril-Junho, Coimbra: Almedina, pp. 87-115.
- SOUSA MENDES, Paulo de. 2010. "As Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência Confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", in *C&R Revista de*

Concorrência e Regulação, ano I, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra: Almedina, pp. 121-144.

SOUSA MENDES, Paulo de. 2018. *Lições de Direito Processual Penal*, 5ª Reimpressão, Coimbra: Almedina.

SOUSA MENDES, Paulo de. 2009. “O Procedimento Sancionatório Especial por Infracções às Regras da Concorrência”, in M. F. PALMA *et al.* (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

SOUSA MENDES, Paulo de. 2012a. “O Contencioso da concorrência: Balanço e perspectivas em função da reforma do direito da concorrência Português”, in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n.º 10, Abril-Junho, Coimbra: Almedina, pp. 235-249.

SOUSA MENDES, Paulo de. 2012b. “O Problema da Utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório”, in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n.ºs 11 e 12, Julho-Dezembro, Coimbra: Almedina, pp. 307-318.

SOUSA, Ricardo Oliveira. 2012. “A Comunicabilidade da Prova obtida em Direito Processual Penal para o processo Contraordenacional” in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, Janeiro-Março, Coimbra: Almedina, pp. 275-292.

VALENTE, Manuel Monteiro. 2005. *Revistas e Buscas*, 2ª ed. revista e aumentada, Coimbra: Almedina.

VALENTE, Manuel Monteiro. 2006. *Conhecimentos Fortuitos - A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra: Almedina.

ZENGER, Hans, & WALKER, Mike. 2012. “Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report”, in J. BOURGEOIS, D. WAILBROECK (eds.), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*, Bruylant, pp. 185-209

JURISPRUDÊNCIA

União Europeia

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597.

Acórdão do TJUE de 23 de abril de 1991, Höfner & Elser (C-41/90), C. J. (1991) I-1919.

Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2000, Pavel Pavlov (C-180/98 etc.), CJ (2000) I-6451.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro 1992, Automec/Comissão, T - 24/90, Col. 1992, p. II - 2223.

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, Proc. n.º 15/87, in, Diário da República, 1ª Série, n.º 167, de 22 de Julho de 1989.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, Proc. n.º 366/2011, in, Diário da República, 2ª Série, n.º 243, de 21 de Dezembro de 2011.

Tribunais Judiciais

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.11.2007, 3ª Secção, Processo n.º 7251/07.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.04.2016, 5ª Secção, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 08.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 205/06.0TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 14.05.2007, 3º Juízo, Processo n.º 97/06.0TYLSB.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 19.09.2007, 2º Juízo, Processo n.º 598/07.2TYLSB.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15.12.2015, 1º Juízo, Processo n.º 276/15.9YUSTR.L1.